J. rom. c. 170 uk

Bayerische Staatsbibliothek
<36647607020017

# Pandekten.

## Allgemeine Lehren.

Mit Rücksicht

auf den Civilgesetzentwurf.

Von

Eduard Hölder.

Freiburg i. B. 1891.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

32F

J. rom. C. 170 uk

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. B.

65 G

# Vorwort.

Nachdem vor nahezu fünf Jahren die zwölf ersten Bogen dieses Buches erschienen waren, ist seine Fortsetzung theils durch andere Umstände theils dadurch verzögert worden, daß der im Anfange des Jahres 1888 veröffentlichte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich das Interesse des Verfassers ganz in Anspruch nahm. Diese Veröffentlichung legte zugleich die Frage nahe, ob es sich nicht empfehle, am Plane des vorliegenden Werkes eine Aenderung vorzunehmen. Es schien jetzt angebracht, bei einer dem Rechte der Gegenwart, welches in dasjenige der Zukunft überzugehen sich anschickt, gewidmeten Arbeit einen Gesetzesentwurf zu berücksichtigen, welcher auf der Grundlage des bestehenden gemeinen Rechtes ruht und nicht sowohl eine Aenderung als eine möglichst präcise und dem heutigen Stande der Wissenschaft gemäße Fixirung desselben bezweckt. Nicht in allen Stücken besteht aber in gleicher Weise dieses Verhältniß des Entwurfes zum bisherigen gemeinen und damit insbesondere zum römischen Rechte. Auf einem anderen Fundamente ruht großentheils sein Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht, und wenn sein Obligationenrecht die römische Grundlage mehr als andere Rechtstheile bewahrt hat, so ist doch die Ausgestaltung des heutigen Obligationenrechtes eine moderne, namentlich durch das Handelsrecht vollzogene, und sie gebietet sowohl der Gesetzgebung als der wissenschaftlichen Darstellung die engste Fühlung mit dem Handelsrechte, das vielfach weniger specifischen Bedürfnissen des Handels als allgemeinen nur in seinem Gebiete zuerst zur Geltung gelangten Bedürfnissen dient. So sind es die allgemeinen Lehren des Privatrechtes, bezüglich welcher in ungleich höherem Grade als bezüglich seiner einzelnen Zweige das gemeine Recht römischen Ursprunges ein im deutschen

Reiche weder bis jetzt in erheblichem Maße geändertes noch einer erheblichen Aenderung durch das in der Entstehung begriffene bürgerliche Gesetzbuch entgegengehendes ist. Auf die Darstellung dieser allgemeinen Lehren hat nun der Verfasser seine Schrift beschränkt. Was das Publikum angeht, für das er geschrieben hat, so hofft er jedem für die Wissenschaft des Privatrechtes sich Interessirenden etwas zu bieten. Dem Praktiker das Material in derjenigen Vollständigkeit vorzulegen, welche ein wesentliches Verdienst von Windscheid's Pandekten ist, war nicht die Absicht des Verfassers. Noch weniger war sein Ziel die bloße Befriedigung des „praktischen" Bedürfnisses der Lernenden. Wenn aber weder ein auf der Höhe seiner Aufgabe stehender Praktiker noch ein dieses Namens würdiger iuris studiosus ohne wissenschaftliches Bedürfniß zu denken ist, so darf sich sowohl an den Einen als an den Anderen eine Darstellung wenden, welche unter Verzicht auf die volle Erschöpfung des Stoffes eine systematische der inneren Begründung nicht entbehrende Entwickelung anstrebt. Die vielfach behauptete Unvereinbarkeit der Bestimmung einer wissenschaftlichen Darstellung für Studirende und für andere durch Beruf oder Neigung einem bestimmten Wissenszweige zugethane Personen träfe zu, wenn der Student ein des selbständigen Denkens noch nicht fähiger Schüler wäre. Mit Recht nennt ihn dagegen Jakob Grimm in seiner Rede über Schule, Universität, Academie „aller Geisteskräfte mächtig" und „zu allen Schlüssen der Vernunft ausgestattet." Sein Denkvermögen bedarf nicht der Schonung, sondern der Uebung, und eine Beschränkung fordert sein Bedürfniß nicht sowohl bezüglich des Grades der ihm zuzumuthenden geistigen Arbeit als bezüglich der Ausdehnung des von ihm zu bewältigenden Stoffes, da ihm dieser neu ist und ihm der dem Praktiker durch den Beruf verliehene Anreiz hingebender Versenkung in alle seine Einzelheiten fehlt. Möchten unsere Rechtsbeflissenen nie vergessen, daß es ihre wichtigste Aufgabe ist, juristisch denken zu lernen, daß ein wesentliches Mittel für die Lösung dieser Aufgabe das Studium des römischen Rechtes bildet, und daß ihre Lösung nicht ohne intensive Anstrengung möglich ist.

Erlangen, den 1. Juli 1891.

# Inhaltsübersicht.

## Einleitung.



## Erster Theil. Das Recht.



## Zweiter Theil. Die Elemente der Rechtsverhältnisse.

### Erster Abschnitt. Die Personen.

## Vierter Abschnitt. Die Rechte.



## Fünfter Abschnitt. Die Feststellung der Rechtsverhältnisse.

# Einleitung.

## § 1. Das heutige römische Recht.

Unsere heutigen Pandekten haben ihren Namen von den Pandekten Justinians und stehen zu diesen in dem Verhältnisse, daß dieselben zwar keineswegs ihre einzige, aber doch ihre wichtigste Quelle bilden; daß sie den Namen derselben führen, beruht auf der näheren Beziehung, in welcher ursprünglich die wissenschaftliche Bearbeitung des römischen Rechtes zu den einzelnen Stücken der justinianischen Sammlung als den unmittelbaren Objekten der Bearbeitung stand. Wie aber die heutigen Pandekten eine systematische Darstellung sind, deren Anordnung unabhängig ist von derjenigen der justinianischen Pandekten, so ist auch der Stoff der letzteren und überhaupt des justinianischen Rechtes ein solcher, auf welchen unsere Pandekten weder in seiner ganzen Ausdehnung sich erstrecken noch andererseits sich beschränken. Gegenstand unserer Pandekten ist das römische Privatrecht, aber nicht als „reines", sondern als „heutiges" römisches Recht. Unsere Pandekten haben es mit dem römischen Rechte zu thun, nicht in seiner historischen Bedeutung als Recht des der Vergangenheit angehörenden römischen Volkes und Reiches, sondern in seiner praktischen Bedeutung für die Gegenwart, welche ihm zukommt als einem von uns „recipirten" Rechte. Gegenstand dieser Darstellung ist das römische Recht als ein in Deutschland geltendes; indem es aber als ein solches zu einem Stücke unseres deutschen Rechtes geworden ist, dessen Bezeichnung als eines römischen nur seine von anderen Stücken unseres Rechtes es unterscheidende Herkunft angibt, so ist es richtiger, den Gegenstand dieser Darstellung zu bezeichnen als das **deutsche Privatrecht** römischen Ursprungs. Im Gegensatze zu ihrem Namen, durch welchen sie sich als allumfassend ankündigen, erstrecken die Pandekten sich nur auf diejenigen

Bestandtheile unseres Privatrechtes, welche römischen Ursprungs sind, so daß sie ein Gesammtbild desselben nur in Verbindung mit den Darstellungen des im engeren Sinne so genannten „deutschen Privatrechtes" gewähren. Das in Deutschland geltende Privatrecht ist aber theils gemeines theils Particularrecht, und während das aus deutscher Wurzel erwachsene Recht vorwiegend Particularrecht ist, so wurde das römische Recht recipirt als gemeines deutsches Recht. Es ist für unsere Geschichte charakteristisch, daß es die Reception fremden Rechtes war, durch welche erstmals der Begriff eines gemeinen deutschen Rechtes in größerem Umfange zur Verwirklichung gelangte. Gemeines Recht ist das einheitliche Recht der umfassenderen Rechtsgemeinschaft im Gegensatze zum Sonderrechte der einzelnen von ihr umfaßten Rechtsgemeinschaften. Diejenige Rechtsgemeinschaft nun, als deren Recht das römische Recht recipirt wurde, ist das heilige römische Reich deutscher Nation. Indem aber dieses im Jahre 1806 zu existiren aufhörte, so erhebt sich die Frage, ob und in welchem Sinne nach dem Untergange des Reiches von der Fortexistenz seines gemeinen Rechtes noch die Rede sein könne.

Unbestreitbar ist es, daß das gemeine Recht des Reiches durch dessen Untergang nicht etwa jede Geltung verlor. Seine Bezeichnung als gemeines Recht oder ius commune kennzeichnet das Recht des Ganzen als ein gemeinsames Recht seiner sämmtlichen Theile; werden nun diese durch die Auflösung des Ganzen selbständig, so folgt daraus nicht, daß dasjenige Recht, welches vermittelst ihrer Zugehörigkeit zu jenem Ganzen das ihrige geworden war, durch das Aufhören derselben das ihrige zu sein aufhören würde. Andererseits ist es ebenso unbestreitbar, daß das bisherige gemeine Recht durch die Auflösung des Gemeinwesens, dessen Recht es war, die Möglichkeit eingebüßt hat, dem Sonderrechte der einzelnen bisher in jenem enthaltenen Rechtsgemeinschaften gegenüber eine höhere, widersprechendes Particularrecht ausschließende Geltung zu behaupten. Für das gemeine deutsche Recht lag aber darin keine Abschwächung seiner bisherigen Geltung, da es schon zu Reichszeiten nur *subsidiär* in Ermangelung abweichenden Landesrechtes gegolten hatte. Unterscheiden wir nun gemeines Recht im doppelten Sinne einheitlichen, von der Verschiedenheit der particularen Rechtsgemeinschaften unabhängigen Ursprungs und einheitlicher, abweichendes Particularrecht ausschließender Geltung, so ist das gemeine deutsche Recht gemeines

Recht im Sinne schlechthin einheitlicher Geltung trotz der Einheit des Reiches nicht gewesen und gemeines Recht im Sinne einheitlichen Ursprungs trotz der Auflösung des Reiches geblieben. Denn geblieben ist den einzelnen deutschen Ländern die Gemeinschaft jenes Rechtes nicht etwa nur im Sinne einer zufälligen thatsächlichen Uebereinstimmung der einzelnen Landesrechte, sondern als Ueberbleibsel einer die einzelnen deutschen Länder umfassenden, wenngleich im Uebrigen durch die Auflösung des Reiches zerstörten Rechtsgemeinschaft. Gleichwie man bei Rechtsgeschäften unterscheidet essentialia, naturalia und accidentalia negotii, d. h. wie man dem zufälligen Inhalte des einzelnen Geschäftes entgegensetzt nicht nur denjenigen, welcher allen Geschäften der betreffenden Art wesentlich ist, sondern auch denjenigen, welcher für dieselben in Ermangelung anderweitiger Bestimmung sich von selbst versteht, so ist die zufällige Uebereinstimmung des in verschiedenen Gemeinschaften geltenden Rechtes zu unterscheiden nicht nur von einer kraft des höheren Willens einer umfassenderen Gemeinschaft notwendigen Uebereinstimmung, sondern auch von einer solchen, welche beruht auf einer die verschiedenen einzelnen Gemeinschaften umfassenden, aber ein abweichendes Sonderrecht derselben nicht ausschließenden Rechtsgemeinschaft. Wie beim einzelnen Geschäfte die naturalia negotii zwar nur in Ermangelung abweichenden Parteiwillens, aber doch nicht kraft Parteiwillens, sondern von Rechtswegen Platz greifen, so greift das gemeine Recht zwar nur in Ermangelung abweichenden Landesrechtes Platz, aber doch nicht vermöge des besonderen Rechtes des einzelnen Landes, sondern vermöge seiner ehemaligen Theilnahme an der Reichsgemeinschaft und seiner fortdauernden Theilnahme an derjenigen Rechtsgemeinschaft, welche als ein Ueberbleibsel der Reichsgemeinschaft die Auflösung des Reiches überdauert hat. Setzt jedes positive Recht eine bestimmte Rechtsgemeinschaft voraus, deren Recht es ist, so ist es doch nicht schlechthin bedingt durch die Existenz eines organisirten Gemeinwesens; wie vielmehr die Entstehung eines solchen eine gewisse Rechtsgemeinschaft der zu ihm sich Vereinigenden bereits voraussetzt, so ist auch die Auflösung eines Gemeinwesens nicht notwendig eine völlige Auflösung der bisher in ihm verkörperten Rechtsgemeinschaft. Indem diese aufhört eine staatlich organisirte zu sein, vermag sie nicht mehr durch die verfassungsmäßigen Handlungen bestimmter sie vertretender Organe sich zu bethätigen,

während sie fortfahren kann in der Form der Rechtsgewohnheit sich wirksam zu erweisen. Durch die Auflösung des Reiches ist daher zwar die gesetzliche, aber nicht die gewohnheitsrechtliche Fortbildung des gemeinen Rechtes unmöglich geworden. Im neuen deutschen Reiche besitzen wir nun aber wieder ein Gemeinwesen, welches gemeines deutsches Privatrecht im Wege der Gesetzgebung zu produciren vermag und in beträchtlichem Umfange bereits producirt hat. Gemeines deutsches Recht ist das Privatrecht des heutigen deutschen Reiches dem gemeinen Rechte alten Stils gegenüber sowohl in weiterem Umfange als in höherem Grade. Indem in den außerhalb des heutigen deutschen Reiches gelegenen Gebieten des alten Reiches das römische Recht theils, wie in der Schweiz, überhaupt nicht durchgedrungen war, theils, wie in Oesterreich, durch die spätere Gesetzgebung außer Kraft gesetzt wurde, so greift das Gebiet des heutigen römischen Rechtes über dasjenige des heutigen deutschen Reiches nicht hinaus, während umgekehrt das heutige Reichsgebiet große aus der Gemeinschaft des gemeinen Rechtes theils noch in den Zeiten des alten Reiches, theils später ausgeschiedene Gebiete (des preußischen Landrechtes, des französischen Rechtes und des königlich sächsischen Rechtes) umfaßt. Die Geltung des heutigen Reichsrechtes reicht aber nicht nur extensiv, sondern auch intensiv weiter als diejenige des alten gemeinen Rechtes; sie ist nicht nur eine umfassendere, sondern zugleich eine höhere, indem sie widersprechendes Particularrecht ausschließt. Während nun die gänzliche Ersetzung des bisherigen gemeinen Rechtes durch ein privatrechtliches Gesetzbuch des deutschen Reiches bereits in Angriff genommen ist, so hat auch jetzt schon das gemeine Recht durch verschiedene Reichsgesetze Modificationen erfahren, welche, soweit sie als Modificationen des recipirten römischen Rechtes oder seiner späteren Fortbildung erscheinen, gleichfalls ein Gegenstand dieser Darstellung sind. Zugleich hat aber durch die einheitliche Organisation des Reiches die Gemeinschaft des gemeinen Rechtes als eine von jener umspannte eine wesentliche Stärkung erfahren. Durch die fortschreitende Lockerung und schließliche Auflösung des Reichsverbandes war das gemeine Recht zwar nicht unmittelbar zerstört, aber doch der Zerstörung preisgegeben. Nicht nur war der Umfang seiner Gemeinschaft einer fortschreitenden Verengerung durch das Ausscheiden einzelner Staaten ausgesetzt, sondern es fehlte auch im Umkreise der in ihr verblie-

benen Staaten an jeder Garantie seiner einheitlichen Anwendung. Indem dagegen jetzt wieder das Gebiet des gemeinen Rechtes in seinem vollen Umfange im Gebiete des deutschen Reiches enthalten ist und indem das Reich einer einheitlichen Gerichtsorganisation und eines für das ganze Reichsgebiet competenten höchsten Gerichtes sich erfreut, so ist durch diese Organisation des neuen Reiches auch für das der Gemeinschaft des alten entsprungene gemeine Recht eine neue Garantie seiner einheitlichen Anwendung und damit eine Erleichterung seiner einheitlichen Fortbildung geschaffen. Wenn aber das gemeine Recht römischer Herkunft zugleich seiner vollständigen Ersetzung durch ein Reichsprivatrecht entgegensieht, so ist es nicht, wie bisher, particulares, sondern gemeines Recht, dem es weichen wird, so daß es nicht erlischt ohne Erfüllung seiner geschichtlichen Aufgabe, der Aufgabe nämlich, als recipirtes fremdes Recht die Stelle eines einheitlichen Rechtes der Nation so lange zu vertreten, bis diese zur eigenen Erzeugung eines solchen hinreichend erstarkt sein würde. Gelingt uns diese Ersetzung des recipirten fremden durch ein nationales Recht, so wird dessen Form eine schlechthin neue, sein Stoff dagegen zum größten Theile derjenige unseres bisherigen und damit in weitem Umfange derjenige des recipirten römischen Rechtes sein. Die Reception selbst wird dadurch ihr Ende, in diesem aber auch erst ihre Vollendung finden; denn erst dadurch gelangt der Proceß der Aneignung des Fremden zum Abschlusse, daß sein Stoff unter Zerstörung seiner ursprünglichen Form dem eigenen Dasein organisch assimilirt und, soweit er dessen nicht fähig ist, wieder ausgeschieden wird.

## § 2. Die Reception und Geltung des römischen Rechtes.

Die Reception [1]) des römischen Rechtes in Deutschland hat sich nicht vollzogen im Sinne bewußter Aneignung eines fremden Rechtes; als unser Recht wurde das römische Recht nicht anerkannt, obgleich, sondern weil es ein römisches war.

Die Annahme, daß dem Rechte des römischen Reiches als

1) Ueber die Geschichte der Reception des römischen Rechtes s. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen (1860 und 64), Stölzel, die Entwickelung des gelehrten Richterthums in den deutschen Territorien (1874), und Modderman, die Reception des R. R. Aus dem Holländischen übers. und mit Zusätzen herausgeg. von Schulz 1875.

solchem in Deutschland Geltung zukomme, enthält einen inneren Widerspruch vom Standpunkte desjenigen aus, welcher im römischen Reiche das Gemeinwesen eines längst untergegangenen fremden Volkes erblickt. Gerade die entgegengesetzte war aber die Anschauung des Mittelalters, für welche die Anerkennung des römischen Rechtes als eines in Deutschland geltenden nicht sowohl im Widerspruche mit der Verschiedenheit des römischen und des deutschen Volkes und Staates stand als vielmehr die unmittelbare Consequenz des zwischen Beiden angenommenen staatsrechtlichen Verhältnisses bildete. Galt doch das durch Karl den Großen erneuerte und seit Otto dem Großen mit dem deutschen Königthume verbundene abendländische Kaiserthum als unmittelbare Fortsetzung des römischen Kaiserthums und das Reich, an dessen Spitze der Kaiser stand, als ein heiliges römisches Reich deutscher Nation. Demgemäß erschienen die Gesetze der römischen Kaiser, soweit ihre Geltung nicht auf die Osthälfte des römischen Reiches sich beschränkt hatte, den deutschen Kaisern als erlassen von ihren Vorfahren am Reich, und damit als Gesetze, deren Geltung in ihrem eigenen Reiche, soweit sie nicht durch die spätere Rechtsbildung innerhalb desselben außer Kraft gesetzt waren, sich von selbst verstand. Indem nun Justinians Gesetzgebung die neueste auch im Abendlande zur Geltung gelangte Gestalt des alten römischen Rechtes darstellte, so erschien das justinianische Recht als das geltende Recht des erneuerten abendländischen Kaiserreiches.

Von diesem im Glauben an die Fortsetzung des römischen Reiches enthaltenen Glauben an die Fortgeltung des römischen Rechtes meint nun neuerdings Brinz (Pand. 2. und 3. Aufl. § 1), er sei „kein bloßer Factor in der Reception, wie man gemeiniglich annimmt, sondern die Reception selbst.“ Wäre dem so, so ließe von einer wirklichen Reception des römischen Rechtes sich überhaupt nicht reden; was wir Reception nennen, wäre in Wirklichkeit nicht ein Act positiver Auf- oder Annahme eines fremden Rechtes, sondern die bloße Beibehaltung eines von unseren Vorfahren oder solchen, die wir als unsere Vorfahren betrachteten, überkommenen Rechtes gewesen. Vom Glauben an die Geltung des römischen Rechtes ist aber zu unterscheiden seine wirkliche Geltung. Diese war zwar insbesondere in Italien nie ganz erloschen; von einer wirklich durchgeführten Geltung des justinianischen Rechtes konnte aber so lange

keine Rede sein, als es an einer genauen und umfassenden Kenntniß seiner Quellen gebrach, einer Kenntniß, deren Verbreitung ausgegangen ist von der am Ende des 11. Jahrhunderts nach Christo entstandenen Rechtsschule zu Bologna. In Deutschland hatte die Geistlichkeit die erste Bekanntschaft mit dem römischen Rechte vermittelt, welches der eigenen Rechtsbildung der Kirche zu Grunde lag. Eine ausgedehnte Kenntniß des römischen Rechtes ermöglichten aber erst die Universitäten, an welchen neben dem Studium des ursprünglich allein gelehrten canonischen Rechtes dasjenige des römischen Rechtes am Ende des 14. Jahrhunderts begann und seit der Mitte des 15. Jahrhunderts sich einbürgerte. Zur ersten Anwendung gelangte es abgesehen von der geistlichen Gerichtsbarkeit durch die Beiziehung rechtsgelehrter Räthe zum Kaiserlichen Hofgerichte so wie zu denjenigen der Landesherren. Mit dem Ende des 15. Jahrhunderts war in Deutschland trotz lebhafter Opposition die praktische Geltung des römischen Rechtes zwar noch keineswegs schlechthin durchgeführt, aber doch entschieden durch die Einsetzung collegialer, mit Doctoren der Rechte besetzter Gerichte, wie namentlich des im Jahre 1495 errichteten und von Anfang an zur Hälfte mit Rechtsgelehrten besetzten Reichskammergerichtes.

So ist die Reception des römischen Rechtes in Deutschland zwar erfolgt im Sinne seiner Anerkennung als eines bereits geltenden; zu einer rechtlich geltenden ist aber diese Anerkennung selbst nicht durch die Bestimmung eines Gesetzes, sondern durch ihre reale Bethätigung in der Rechtsanwendung geworden. Hat sich also die Reception des römischen Rechtes durch Rechtsgewohnheit[2]) vollzogen, so sind doch die einzelnen Normen desselben nicht zur Geltung gelangt als gewohnheitsrechtliche, so daß die einzelne Norm erst durch ihre eigene constante Anwendung zur rechtlich geltenden geworden wäre. Indem es vielmehr die Geltung des justinianischen Rechtes als solchen war, in deren Anerkennung die Anwendung seiner einzelnen Normen sich vollzog, so war es der Grundsatz seiner gesetzlichen Geltung, welcher durch die Gewohnheit seiner gerichtlichen Anwendung als eines bestehenden Rechtes sich einbürgerte.

In dieser gewohnheitsrechtlichen Erhebung des fremden Gesetzes zum Gesetze des deutschen Reiches liegt das specifische Wesen der

---

2) Ueber die abweichende Annahme Bülow's s. § 7 Anm.

Reception, welche daher auf das justinianische Recht als solches und damit nicht etwa nur auf bestimmte einzelne, aus besonderen Gründen speciell recipirte Normen, sondern auf alle diejenigen Normen sich erstreckte, die nicht aus besonderen Gründen von der Reception ausgeschlossen blieben. Das ist der Sinn des traditionellen Satzes, daß die justinianische Gesetzgebung in complexu oder in toto complexu recipirt sei; derselbe besagt nicht etwa eine ausnahmslose Reception des ganzen justinianischen Rechtes, sondern die Reception desselben im Ganzen im Sinne ihrer Erstreckung auf jede nicht durch besondere Gründe von ihr ausgeschlossene Bestimmung der justinianischen Gesetzgebung. Nicht um ihres besonderen Inhaltes willen, sondern um ihrer Eigenschaft als justinianischer Gesetze willen sind die recipirten Stücke des justinianischen Rechtes recipirt. Während aber zahlreiche Bestimmungen desselben um ihres besonderen Inhaltes willen von der Reception ausgeschlossen blieben, so gilt dasselbe von bestimmten Stücken der justinianischen Quellen unabhängig von ihrem Inhalte vermöge des Satzes: quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia [3]).

Die Rechtsschule von Bologna hatte von ihrer vorwiegend in der Form der Glosse (S. 12 oben) erfolgten Bearbeitung bestimmte Quellenstücke wegen ihres besonderen Inhaltes ausgeschlossen, welche daher auch von der Reception ausgeschlossen blieben. Als sodann im 16. Jahrhundert Stücke der Quellen bekannt wurden, welche den Glossatoren überhaupt nicht vorgelegen hatten, da war der Proceß der Reception schon so weit vorgeschritten, daß die Frage ihrer Erstreckung auf jene Stücke lange zweifelhaft blieb und schließlich durch die Praxis in verneinendem Sinne entschieden wurde. Erst dadurch wurde für jedes Stück der justinianischen Quellen sein aus welchen Gründen immer erfolgter Ausschluß von der Glossirung zum Grunde seines Ausschlusses von der Reception, also die Bearbeitung durch die Glosse zur Voraussetzung der praktischen Geltung, während ursprünglich umgekehrt der Ausschluß eines Stückes von der Glossirung auf der Voraussetzung seiner praktischen Unanwendbarkeit beruht hatte. Gleich jedem sonstigen Ausschlusse bestimmter Stücke des justinianischen Rechtes von der Reception änderte auch jene Regel nichts an dem Umstande, daß die recipirten

---

3) Landsberg, Ueber die Entstehung der Regel Quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia. 1880.

Stücke in ihrer Eigenschaft als justinianische Gesetze recipirt sind, vermag daher nicht die vielfach aufgestellte Behauptung zu begründen, daß nicht sowohl Justinians Gesetzgebung als vielmehr diejenige specielle Gestaltung ihres Textes recipirt sei, welche den Gegenstand der Glossirung bildete 4).

Recipirt wurde das römische Recht grundsätzlich nicht als ein exclusiv, sondern als ein subsidiär geltendes. Diese subsidiäre, durch die Abwesenheit widersprechender Rechtssätze bedingte Geltung kam dem römischen Rechte zu als dem gemeinen Rechte im Verhältniß zum particularen, da die Einheit des Reiches nicht von solcher Stärke war, um die Existenz dem Reichsrechte widersprechender Particularrechte auszuschließen. Eine durch die Abwesenheit widersprechenden Rechts bedingte Geltung kam aber dem römischen Rechte auch zu als dem älteren im Verhältniß zum jüngeren, da es ja vermöge der angenommenen Fortsetzung des Römerreiches als ein von Justinians Zeiten her überliefertes Recht galt. Als das ältere Recht galt es daher insbesondere auch im Verhältniß zu dem noch vor ihm recipirten canonischen 5) oder dem Rechte der Kirche, dessen privatrechtliche Bestimmungen diejenigen des römischen Rechtes modificiren, soweit sie überhaupt auch für die weltlichen Gerichte maßgebend geworden und geblieben sind.

Thatsächlich hat übrigens das recipirte römische Recht in weitem Umfange das einheimische verdrängt theils vermöge der Ueberlegenheit, welche ihm gegenüber dem particular zersplitterten, vielfach nicht schriftlich fixirten und noch in den Anfängen seiner wissenschaft-

4) Der Umfang des recipirten Rechtes ist übrigens durch die Glossatoren auch erweitert worden, indem sie dem Corpus Juris andere Stücke beifügten, welche mit seinem übrigen Inhalte zu gemeinem deutschem Rechte geworden sind, so die libri Feudorum oder langobardischen Lehnrechtsbücher und die sog. Authenticae Fridericianae, einzelne Gesetze der deutschen Kaiser Friedrich I. und II., welche durch ihre Einverleibung in Justinians Gesetzgebung zu Reichsgesetzen geworden sind. Ohne selbständige Bedeutung ist dagegen eine andere Classe sogenannter Authenticae, nämlich die Auszüge aus Novellen, welche die Glossatoren den durch diese geänderten Stücken des Codex beifügten.

5) Dasselbe ist, soweit es zum gemeinen deutschen Privatrechte geworden ist, abgeschlossen im Corpus Juris canonici, in Bezug auf dessen Zusammensetzung auf die Behandlungen des Kirchenrechtes verwiesen wird, wie bezüglich der das römische Recht fortbildenden deutschen Gesetze auf die Behandlungen des deutschen Rechtes.

lichen Bearbeitung stehenden deutschen Rechte seine Einheitlichkeit, seine schriftliche Firirung und seine wissenschaftliche Durchbildung sicherte, theils namentlich vermöge seiner parteiischen Begünstigung durch die die Rechtsanwendung beherrschenden Auctoritäten. Auf seiner Seite standen insbesondere die Landesherren, welche in den staatsrechtlichen Grundsätzen des Corpus Iuris eine wesentliche Stütze der in der Ausbildung begriffenen Landeshoheit sahen, und die Universitäten, auf welchen das einheimische Recht überhaupt nicht gepflegt wurde; die landesherrlichen mit Studirten besetzten Gerichte waren daher weniger unparteiische Verwalter des gesammten Rechtes als einseitige Anwälte des recipirten Rechtes. Der möglichsten Ausdehnung seiner Geltung und der möglichsten Einschränkung des heimischen ihm widersprechenden Rechtes dienten insbesondere die zwei Regeln:

1) daß, wer auf römisches Recht sich beruft, fundatam in iure intentionem habe, d. h. daß das römische Recht überall zur Anwendung kommen müsse, wo nicht ein abweichender Satz des einheimischen Rechtes von der auf ihn sich berufenden Partei bewiesen sei. Dazu kam

2) bezüglich der Auslegung des heimischen Rechtes der Satz: statuta sunt stricte interpretanda d. h. die Forderung seiner Auslegung in möglichster Uebereinstimmung mit dem recipirten Rechte.

Beide Sätze wiesen dem heimischen Rechte im Verhältnisse zum recipirten die Stellung der Ausnahme von der Regel an und verkannten die Aufgabe der richterlichen kraft eigener Erkenntniß des anzuwendenden Rechtes zu vollziehenden Rechtsanwendung sowie die Aufgabe der stets im eigenen Geiste des auszulegenden Rechtes zu vollziehenden Auslegung. Beide Sätze sind aber nicht Consequenzen, sondern Uebertreibungen des Satzes von der Reception in complexu. Indem das römische Recht recipirt ist als ein subsidiär geltendes, so ruht die Geltung jedes einzelnen Satzes desselben auf dem doppelten Grunde der Reception und der Abwesenheit eines ihm widersprechenden einheimischen Rechtssatzes. Der Satz von der Reception in complexu besagt nur, daß der einzelne Satz des recipirten Rechtes, um als recipirt zu gelten, nicht eines besonderen Nachweises seiner Reception bedarf; er weist dagegen keineswegs den Richter an, um die Existenz widersprechender Sätze des heimischen Rechtes sich nicht

von Amtswegen zu kümmern oder diese im Sinne möglichster Uebereinstimmung mit dem recipirten Rechte zu verstehen. Wenn vielmehr die Reception des einzelnen Satzes in Ermangelung positiver Gegengründe in der Reception des römischen Rechtes enthalten ist, so ist andererseits in jedem Falle die wirkliche Geltung des recipirten Rechtes abhängig von der durch den Richter zu constatirenden Abwesenheit widersprechender heimischer Rechtssätze.

Wie aber die Reception des römischen Rechtes theils als Ergänzung theils als Verdrängung des von ihm vorgefundenen Rechtes wirkte, so ist das recipirte Recht selbst durch die spätere Rechtsbildung theils verändert theils verdrängt worden. Die vorliegende Darstellung erstreckt sich auf das Product dieser späteren Rechtsbildung insoweit, als dieselbe eine gemeinrechtliche Veränderung des recipirten Rechtes bewirkt hat. Ausgeschlossen bleibt also nicht nur alles Particularrecht, sondern auch dasjenige gemeine Privatrecht, welches wie z. B. die reichsgesetzliche Normirung des Urheberrechtes nicht nur das römische Recht verändert, oder die durch dieses normirten Institute anders normirt, sondern solche Institute geschaffen oder normirt hat, welche dem römischen Rechte überhaupt nicht angehören. Die Quellen jener gemeinrechtlichen Veränderungen sind theils Reichsgesetze theils Rechtsgewohnheiten. Unter jenen überwiegen schon heute die Gesetze des neuen deutschen Reiches die Gesetze des alten Reiches an Bedeutung; diese sind fast durchweg durch die Rechtsprechung der Gerichte zur Ausbildung gelangt, unter welchen gleichfalls unser heutiges Reichsgericht [6]) eine Rolle zu spielen berufen ist, welche diejenige der ehemaligen Reichsgerichte, insbesondere des Reichskammergerichtes, überragt.

## § 3. Die wissenschaftliche Bearbeitung des römischen Rechtes.

Gleich der Kenntniß und Geltung hatte auch die Bearbeitung des römischen Rechtes in Italien nie ganz aufgehört. Für ihre Erhebung zu einer selbständigen Wissenschaft und ihre Verbreitung über ganz Europa war entscheidend die Thätigkeit der am Ende des 11. oder Anfang des 12. Jahrhunderts entstandenen Rechtsschule zu

---

6) Die „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen" erscheinen seit 1880 in bis jetzt 14 Bänden.

Bologna[1]). Die grundlegende Bedeutung dieser Schule beruht auf ihrem unmittelbaren Anschlusse an die Quellen des justinianischen Rechtes; von den erklärenden Bemerkungen oder glossae, mit welchen die Bologneser Juristen die Quellen versahen, führen sie den Namen der Glossatoren. Im 13. Jahrhundert veranstaltete Franciscus Accursius (der Vater † 1260) eine durch eigene Glossen vermehrte Glossensammlung, welche rasch als glossa ordinaria zu maßgebender Bedeutung gelangte.

Der Schule der Glossatoren folgte diejenige der Postglossatoren oder Commentatoren. Der unmittelbare Anschluß an das Wort der Quellen, welcher jene ausgezeichnet hatte, verschwindet nun, da die Auctorität der Glosse diejenige des Textes überwuchert hat. Statt der Bearbeitung der Quellen tritt die Verarbeitung des überlieferten Rechtsstoffes nach den Gesichtspunkten der Logik und den Bedürfnissen der Praxis in den Vordergrund; indem es die Begriffe der damaligen Wissenschaft, der Scholastik, und die Forderungen des damaligen Lebens waren, denen gemäß die Gestaltung des Rechtsstoffes unternommen wurde, so ging mit der Vernachlässigung des Wortes der Quellen die Vernachlässigung ihres wirklichen Inhaltes und seine Ersetzung durch einen anders woher geschöpften Inhalt Hand in Hand. Während die Stärke der Glossatoren in der Kenntniß des justinianischen Rechtes als solchen lag, so haben die Postglossatoren für seine Einbürgerung am meisten gethan. Der weitaus einflußreichste Vertreter dieser Richtung war Bartolus († 1357).

Den Inhalt des römischen Rechtes in seiner Reinheit wiederherzustellen und von der scholastischen Mißhandlung durch die Commentatoren zu befreien, war eine Aufgabe, welcher namentlich die großen französischen Juristen des 16. Jahrhunderts sich widmeten. Sie nahmen aber nicht etwa nur die Bestrebungen der Glossatoren wieder auf, sondern gingen weit über diese hinaus, indem sie das römische Recht nicht lediglich wie jene als Gesetz des Kaisers Justinian, sondern als Product einer geschichtlichen Entwickelung betrachteten. Indem zur Lösung dieser sowohl intensiv als extensiv — durch Erweiterung des nun nicht mehr auf das Corpus Iuris beschränkten

---

1) Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im M. A. 2. Aufl. Bd. 3 und folgende.

Quellenkreises — gesteigerten Aufgabe die Mittel der neu erwachten classischen Philologie benutzt wurden, so ist es die philologisch-historische Erforschung des römischen Rechtes, welche diese Schule und insbesondere ihren größten Vertreter Jacques Cujas (1522 bis 1590) auszeichnet. Zugleich aber macht sich jetzt das Bestreben geltend, das römische Recht nicht nur in seiner historischen Mannichfaltigkeit, sondern auch in seiner systematischen Einheit zu erfassen und darzustellen, und diese Richtung verfolgte mit dem größten Erfolge des Cujacius größter Nebenbuhler Hugues Doneau (Donellus 1527—91).

Deutschland[2]) besaß zwar an Ulrich Zasius (1461—1535) eines der ältesten Häupter der Humanistenschule und an Gregor Haloander († 1531) den Ersten, welcher den Text der justinianischen Quellen in einer von der Ueberlieferung des Mittelalters unabhängigen Gestalt herzustellen unternommen hat; im Ganzen aber ließ sowohl die Auctorität der scholastischen Tradition als das drängende Bedürfniß der Praxis die historisch-kritische Forschung nicht aufkommen. Dagegen war es das didaktische, also gleichfalls ein praktisches Bedürfniß, welches die systematische in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts zu maßgebender Bedeutung gelangende Richtung hervorief. Dieser formalen Emancipation der deutschen Jurisprudenz von der italienischen Ueberlieferung trat eine materielle dadurch zur Seite, daß in der deutschen Praxis sich eine selbständige Tradition ausbildete, deren Auctorität diejenige der Postglossatoren ablöste und durch welche das römische Recht diejenige Gestalt gewann, in welcher es zu einem in Deutschland eingebürgerten Rechte geworden ist. Diese praktische Verdeutschung des römischen Rechtes wurde seit der Mitte des 16. Jahrhunderts namentlich durch die an die Thätigkeit des Reichskammergerichtes anknüpfende Cameraljurisprudenz gefördert; ihren Höhepunkt erreichte sie durch Benedict Carpzov (1595—1666).

Im Gegensatze zu dieser unbedingten Herrschaft der Tradition entwickelte sich aber und gelangte seit dem Ende des 17. Jahrhunderts zu immer wachsender Geltung die rationalistische oder naturrechtliche Richtung. Ihre Verdienste konnten in Bezug auf den Stoff des

2) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Erste Abth. 1880. Zweite Abth. 1884 (leider unvollendet).

positiven Rechtes nur negative sein, indem sie dem erkennenden Subjecte eine freiere Stellung zu demselben anwies; zugleich aber strebte sie eine strengere begriffliche Fassung und Systematisirung des Rechtes an; ihr berühmtester Vertreter war Christian Thomasius (1655 bis 1728).

Gemeinsam war der Schule des Naturrechtes mit derjenigen der Praktiker ihr ungeschichtlicher Charakter[3]). Im Gegensatze dazu wurde seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts die geschichtliche Natur des Rechtes und die Unmöglichkeit eines vollen Verständnisses des heutigen römischen Rechtes ohne gründliche aus den Quellen geschöpfte Kenntniß des reinen römischen Rechtes betont durch die sog. deutsche historische Rechtsschule, deren erster Begründer Gustav Hugo (1764—1844), deren anerkanntes Haupt dagegen Friedrich Carl von Savigny (1779—1861) ist. Mit der Forderung philologisch-historischer Behandlung der römischen Quellen, wie sie schon die Humanistenschule des 16. Jahrhunderts erhoben hatte, verband sich nun die Forderung, das heutige römische Recht als Product einer in beständigem Flusse befindlichen Entwickelung zu verstehen. Zur historischen Aufgabe gesellte sich wie im 16. Jahrhundert die systematische oder die Aufgabe, die Rechtsbestimmungen in ihrem organischen Zusammenhange als Theile eines Ganzen aufzufassen und so das Recht sowohl in der Mannigfaltigkeit seiner wechselnden, einander ablösenden als in der Mannigfaltigkeit seiner gleichzeitigen, einander gegenseitig ergänzenden und beschränkenden Bestimmungen als zusammenhängendes Ganzes zu erfassen. Wie Savigny selbst ebenso sehr dem systematischen als dem historischen Zusammenhange des Rechtes nachgegangen ist, so gilt das Gleiche vom Hervorragendsten seiner Jünger, Georg Friedrich Puchta (1798—1846), und ebenso wird für die Zukunft unserer Wissenschaft von größter Bedeutung eine immer innigere Vereinigung der historischen und der systematischen Richtung sein, welche zuerst im 16. Jahrhunderte neben einander aufgetreten sind.

Unter den auf der Höhe der heutigen Wissenschaft stehenden Gesammtdarstellungen des heutigen römischen Rechtes ist am großartigsten

---

3) Die geschichtliche Erforschung des Rechtes erschien mehr als philologisch-antiquarische, denn als juristische Thätigkeit; nach den Franzosen war sie namentlich von den Niederländern gepflegt worden und führte als Luxusartikel den Namen der „eleganten“ Jurisprudenz.

angelegt die leider nur zu kleinem Theile vollendete Savigny's[4]). Ihr steht als die knappste gegenüber diejenige Puchtas[5]), welche Savigny's behaglicher Breite die größte Gedrängtheit und der Anschaulichkeit seiner Darlegung die schärfste Fassung der Begriffe entgegensetzt. Unter den Lehrbüchern der Späteren zeichnen sich durch sehr verschiedene Vorzüge aus diejenigen von Vangerow[6]), Windscheid[7]), Brinz[8]). Die vollständigste und gleichmäßigste Uebersicht über den Gesammtstoff gewährt Windscheid, dessen Hauptbestreben zugleich „einer wahrhaften Verdeutschung des römischen Rechtes" zugewendet ist. Vangerow hält umgekehrt möglichst strenge an den römischen oder für römisch geltenden Dogmen fest und behandelt nicht sowohl das Ganze als solches als vielmehr seine wichtigsten Stücke unter sorgfältigem Eingehen auf einzelne Quellenstellen und die Meinungsverschiedenheiten der Neueren. Am unabhängigsten von der Ueberlieferung der Neueren ist das Buch von Brinz, welches den aus den römischen Quellen geschöpften reichen Stoff in einer durchaus selbständigen Weise theils in farbenreichen Gemälden theils in bloßen Skizzen reproducirt. Kürzere Lehrbücher sind das etwas schwerfällig geschriebene, aber gediegene von Arndts[9]) und das leichter geschürzte von Baron[10]); das neueste ist das noch nicht vollendete von Dernburg[11]). Die allgemeinen Lehren des heutigen römischen Rechtes stellen in Verbindung mit Partikularrecht in aus-

---

4) Syst. des heutigen römischen Rechts 8 Bände 1840—49 (die allgemeinen Lehren). Dazu: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. I. 1851. II. 1853 (Natur und Entstehung der Obligationen).

5) Pandekten 1838 mit zahlreichen weiteren nach dem Tode des Verfassers von Rudorff und nach dessen Tode von Schirmer herausgegebenen Auflagen. Dazu aus Puchta's Nachlaß: Vorlesungen über das heutige röm. Recht. 6. Aufl. 1873. 1874. Auch aus Keller's Nachlaß sind Pandektenvorlesungen herausgegeben worden.

6) Lehrbuch der Pandekten (ursprünglich: Leitfaden für Pandektenvorlesungen 1839 ff.) 3 Bände. 7. Aufl. 1863—69.

7) Lehrb. des Pandektenrechts. 3 Bde. 1862 ff. 5. Aufl. 1879.

8) Lehrb. der Pandekten 1856—71. Zweite veränderte (noch nicht vollendete) Aufl. 1873 ff. 3. Aufl. Erste Lieferung 1884.

9) Lehrb. der Pandekten 1852; seit dem Tode des Verf. herausgegeben von L. Pfaff und F. Hofmann. 11. Aufl. 1883.

10) Pand. 1872 und in späteren Auflagen.

11) Pand. I. (Allgemeine Lehren und Sachenrechte) 1884, II. seit 1885.

geführtester Weise Wächter[12]) und Unger[13]) dar, während dieselben in philosophischem Gewande vorgetragen sind in Kierulffs Theorie des gemeinen Civilrechts 1839. Sämmtliches in Deutschland geltende Privatrecht hat Paul Roth[14]) zusammenzustellen unternommen.

---

12) Handb. des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts I. 1839. 1842 (enthält die Geschichte des württembergischen Rechtes), II. 1842. 1846. 1851 (enthält die allgemeinen Lehren). Ein aus seinen Collegienheften und den für seine Zuhörer gedruckten Beilagen zusammengestelltes opus postumum sind Wächters Pandekten I. 1880. II. 81.

13) Syst. des österreichischen allgemeinen Privatrechts I. II. 1856—59 (spätere Auflagen sind unverändert). Außerdem erschien noch ein sechster das Erbrecht enthaltender Band 1864.

14) Syst. des deutschen Privatrechts I. 1880. II. 1881.

# Erster Theil. Das Recht.

## I. Begriff und Inhalt des Privatrechtes.

### 1. Das Wesen des Rechtes.

### § 4.

Der Begriff des Rechtes beruht auf dem zwischen der Vielheit der Menschen bestehenden doppelten Verhältnisse der sie mit einander verbindenden Wesensgemeinschaft und der sie von einander trennenden Individualität. Bestünde jene allein, so wäre jedes ihr zuwiderlaufende Verhalten eines Menschen gegen andere oder jedes Unrecht thatsächlich ausgeschlossen; ginge dagegen das Dasein des Menschen in seinem individuellen Fürsichsein auf, so könnte keinerlei Verhalten desselben als Unrecht bezeichnet werden. Unrecht ist diejenige Bethätigung der die Menschen von einander trennenden Individualität, welche eine Verleugnung der sie mit einander verbindenden Wesensgemeinschaft enthält. Erscheinen somit die aus dieser sich ergebenden Forderungen als eine sittliche Schranke für die freie Bewegung der neben einander existirenden Individuen, so sind diese zugleich zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse vielfach auf einander angewiesen; das Zusammensein der Menschen erzeugt daher zwischen der Vielheit der Individuen einerseits vermöge ihrer Verschiedenheit Verhältnisse der Collision und andererseits vermöge der sie verbindenden Wesensgemeinschaft Verhältnisse der Lebensgemeinschaft. Wie nun der sittliche Gegensatz von Recht und Unrecht auf dem Widerspruche zwischen der Wesensgemeinschaft der Menschen und der sie verleugnenden Individualität beruht, so beruht der Begriff des positiven oder historischen Rechtes auf der historischen Thatsache einer die individuelle Existenz der an ihr Theilnehmenden ergänzenden, beschränkenden und schützenden Lebensgemeinschaft. Zur individuellen Existenz der Genossen steht die Gemeinschaft in dem dreifachen Verhältnisse der Existenz durch

die Genossen als einer durch ihr Zusammenleben bestehenden, über den Genossen als einer Beschränkung und für die Genossen als einer Ergänzung ihres individuellen Daseins. Demgemäß steht das Recht oder der Wille der Gemeinschaft zum Willen der Genossen in dem dreifachen Verhältnisse, daß es auf ihrer eigenen Anerkennung beruht und einerseits unabhängig vom Willen des Einzelnen gilt, zugleich aber andererseits dem Willen des Einzelnen selbst zur Geltung verhilft. Das Recht ist daher nicht nur objectives Recht als ein den Spielraum freier Bethätigung der Individualität einschränkendes, sondern auch subjectives Recht als ein den Spielraum ihrer Bethätigung erweiterndes. Diese Beschränkung und Erweiterung ist in erster Linie eine sittliche; beschränkt ist die Freiheit des Einzelnen insofern, als er die ihr durch das Recht gezogene Schranke nicht überschreiten kann, ohne ein Unrecht zu begehen oder mit seiner Angehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft in Widerspruch zu geraten; erweitert ist die freie Bewegung des Individuums insofern, als der ihr durch das Recht verliehene erweiterte Spielraum durch andere nicht ohne Begehung eines Unrechtes beeinträchtigt werden kann. Findet aber so die rechtliche Beschränkung und Erweiterung der individuellen Freiheit die Gewähr ihrer thatsächlichen Verwirklichung zunächst in der sittlichen Macht des Gemeingeistes, so ist dieser zwar einerseits ein in allen Rechtsgenossen lebender, durch ihr Zusammenleben sich bildender und erhaltender, andererseits aber ein solcher, welcher durch die äußere Organisation des Gemeinwesens zu einer äußeren von derjenigen der einzelnen Genossen unabhängigen Existenz und damit zu einer die einzelnen Genossen nötigenfalls mit den Mitteln äußeren Zwanges beherrschenden Gewalt gelangt. Auf dieser Organisation des Gemeinwesens beruht der Begriff des öffentlichen Rechtes; ihm gehören die rechtlichen Beziehungen der Rechtsgenossen gegen das Gemeinwesen als solches und diejenigen Rechte und Pflichten an, welche bestimmten Personen als Organen oder Vertretern des Gemeinwesens zustehen und obliegen. Ist daher jede öffentlichrechtliche Beziehung bestimmter Personen eine mittelbare, auf bestimmten Beziehungen Beider zum Gemeinwesen beruhende, so sind ihre privatrechtlichen Beziehungen zwar nicht durch eine Beziehnng zum Gemeinwesen vermittelt, finden aber in einer solchen ihre Ergänzung, indem das Privatrecht in der Organisation des Gemeinwesens als eines mit Zwangsgewalt ausgerüsteten eine rechtliche

Garantie seiner thatsächlichen Verwirklichung findet. Das Privatrecht wird aber dadurch nicht etwa selbst zur Zwangsbefugniß; findet es doch seine zwangsweise Durchsetzung nicht durch eine eigene Zwangsgewalt des Berechtigten, sondern durch die Organe der Gemeinschaft, gegen welche dem Einzelnen seinerseits kein Zwang zusteht. Indem die Competenz und die Thätigkeit dieser Organe durch das öffentliche Recht geregelt ist, so ist die Anerkennung und der Schutz des Privatrechtes durch das Gemeinwesen nicht nur thatsächlich von der Erkenntniß, dem Willen und der Macht seiner Organe, sondern auch nach dem eigenen Willen des Rechtes von den für sie maßgebenden Bestimmungen des öffentlichen Rechtes abhängig. Der Zwangsschutz durch die Organe der Gemeinschaft ist daher weder ein Bestandtheil noch eine Wirkung des Privatrechtes selbst, wohl aber besteht er um des Privatrechtes willen; verpflichtet die Gemeinschaft ihre Organe in bestimmten Fällen trotz wirklicher Existenz des behaupteten Rechtes jenen Schutz zu versagen und in anderen ihn unabhängig von der wirklichen Existenz des behaupteten Rechtes zu gewähren, so thut sie dies nur im Interesse möglichsten Schutzes des wirklich existenten Rechtes; die begrenzte Notwendigkeit der Verfehlung dieses Zweckes statuirt sie nur, um die an sich unbegrenzte Möglichkeit seiner Verfehlung einzuschränken. Soweit sodann das Recht dem irrthümlichen oder pflichtwidrigen Verhalten eines Organes dieselbe Bedeutung beilegt wie seinem rechtsgemäßen Verhalten, so thut es dies gleichfalls weil die Sicherstellung des wirklich existenten Rechtes nur um diesen Preis sich erkaufen läßt. Ist aber die Anerkennung eines Rechtes durch die Organe der Gemeinschaft einerseits eine Constatirung desselben als eines nicht erst durch diese Anerkennung entstehenden, sondern dieselbe durch seine Existenz begründenden, und ist es andererseits die Gewährung oder Versagung jener Anerkennung, welche die Frage seiner an sich stets problematischen Existenz endgiltig entscheidet, so steht zur wirklichen Existenz des Rechtes seine Anerkennung durch die Organe der Gemeinschaft in dem doppelten Verhältnisse, daß die Forderung der Anerkennung eines Rechtes eine berechtigte nur ist unter der Voraussetzung seiner Existenz, daß dagegen ihre Gewährung oder Versagung, soweit sie die Frage seiner Existenz endgiltig entscheidet, dasselbe als Anerkennung eines in Wirklichkeit nicht existirenden Rechtes erzeugt und als Aberkennung eines in Wirklichkeit existirenden Rechtes zerstört. Ist aber diese Möglichkeit der Anerkennung und der durch

sie erfolgenden Erzeugung bisher nicht bestehender Rechte sowie der Aberkennung und der durch sie erfolgenden Zerstörung bestehender Rechte nur die Kehrseite einer Einrichtung, deren eigentlicher Zweck die Constatirung und Sicherung bestehender Rechte ist, so ist es doch nur das wirklich bestehende und jedes wirklich bestehende Recht, welchem die Anerkennung durch die Organe der Gemeinschaft und der Schutz durch die Zwangsgewalt der Gemeinschaft zugedacht ist; ist jeder befugt, die Organe der Gemeinschaft zum Zwecke der Anerkennung und des Schutzes eines ihm angeblich zustehenden Rechtes anzurufen, so ist der Unberechtigte dazu doch nur befugt in seiner Eigenschaft als ein möglicher Weise Berechtigter; erweist er sich nicht als solcher, so erweist sich nachträglich sein auf Anerkennung und Schutz eines bestehenden Rechtes gerichtetes Begehren als ein gegenstandsloses, und in diesem Sinne kommt allerdings die rechtliche Anwartschaft auf Anerkennung und Schutz durch die Organe der Gemeinschaft dem Privatrechte als solchem zu, indem mit dem Privatrechte als solchem die Verheißung seiner Anerkennung und seines Schutzes durch die Organe der Gemeinschaft sich verbindet.

**Anmerkung.** Das Verhältniß des Privatrechtes zum Privatrechtsschutze ist zuerst zum Gegenstande eingehender Erörterung gemacht von Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm (1877) S. 1 ff. und zuletzt behandelt von L. Seuffert in der Zeitschrift für Priv.- u. öff. R. XII. S. 617 ff.; derselbe nennt die Execution „Ausübung der dem Berechtigten kraft seines Rechtes zustehenden Befugnisse durch die Staatsbehörden." Gehört aber, wie S. selbst hervorhebt, der Anspruch auf Anerkennung des Privatrechtes durch die Organe der Gemeinschaft nicht zum Inhalte des Privatrechtes, so gilt dasselbe von seinem zwangsweisen Schutze durch die Organe der Gemeinschaft, welcher vermöge einer diesen Organen als den Vertretern der Gemeinschaft und in keiner Weise dem Subjecte des Privatrechtes zustehenden Zwangsgewalt erfolgt.

## 2. Das System der Privatrechtsverhältnisse.

### § 5.

Die Unterscheidung des objectiven und des subjectiven Rechtes wird in der Regel identificirt mit der Unterscheidung der Rechtsnormen und der Rechtsverhältnisse. Jedes einzelne Rechtsverhältniß ist aber sowohl subjectives Recht oder Machterweiterung für die durch dasselbe Berechtigten als objectives Recht oder Freiheitsbeschränkung für die durch dasselbe Verpflichteten, während allerdings

der Inhalt der Rechtsnormen als solcher für jeden Einzelnen ein über seine Willkür erhabenes objectives Recht ist. Dem Inbegriffe der Rechtsnormen oder dem abstracten Rechte stehen aber gegenüber die in Gemäßheit derselben kraft concreter Thatsachen entstandenen concreten Rechtsverhältnisse bestimmter Personen. Ein solches Rechtsverhältniß erzeugt in weiterem Sinne jeder Inbegriff von Thatsachen, mit welchem das Recht einen Inbegriff rechtlicher Wirkungen verbindet; durch ihre gemeinsame Entstehung kraft derselben Thatsachen bilden diese rechtlichen Wirkungen ein *Rechtsverhältniß*, wie jene Thatsachen durch die ihrem Zusammentreffen zukommende rechtliche Bedeutung sich zu einem *Thatbestande* vereinigen. Selbständige Privatrechtsverhältnisse sind aber nicht diejenigen, deren rechtliche Bedeutung nur eine mittelbare ist, indem sie lediglich ein Element des Thatbestandes oder des Inhaltes anderer Rechtsverhältnisse bilden. So ist die Volljährigkeit einer Person oder ihre Verwandtschaft mit einer anderen oder die Eigenschaft eines Ortes als ihres Wohnsitzes zwar ein Rechtsverhältniß im Sinne eines rechtsbedeutsamen und durch das Recht normirten Verhältnisses; seine rechtliche Bedeutung ist aber nur die mittelbare eines Thatbestandsmomentes verschiedener anderer Rechtsverhältnisse. Während aber solche Verhältnisse für sich existiren, ohne für sich rechtswirksam zu sein, so sind überhaupt keine eigenen Rechtsverhältnisse, sondern lediglich Stücke oder Consequenzen solcher diejenigen rechtlichen Wirkungen, welche lediglich im Dienste anderer auftreten; deßhalb ist z. B. das Klagerecht oder die Forderung gegen eine bestimmte Person kein eigenes Recht neben dem durch die Klage geltend gemachten Rechte oder dem umfassenderen Rechtsverhältnisse, dessen Ausfluß jene Forderung ist.

Das System des Privatrechtes oder der Privatrechtsnormen gliedert sich nun nach der Verschiedenheit der durch sie normirten selbständigen Privatrechtsverhältnisse, deren gesonderter Behandlung aber vorauszugehen hat die Betrachtung derjenigen Elemente der Rechtsverhältnisse, deren Bedeutung sich nicht in ihrer Eigenschaft als Elemente bestimmter Rechtsverhältnisse erschöpft. Solche Elemente sind aber als Voraussetzungen der Privatrechtsverhältnisse diejenigen rechtlich bedeutsamen Eigenschaften und Beziehungen der Personen und Sachen, welche nicht für sich selbständige Rechtsverhältnisse erzeugen, sowie die rechtswirksamen Thatsachen, soweit die rechtlichen Erfordernisse ihrer Wirksamkeit unabhängig sind von der besonderen

Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse. In Ansehung des Inhaltes der Rechtsverhältnisse kommen in Betracht die durch sie erzeugten Forderungen und Verbindlichkeiten nebst dem Einflusse, welchen ihre gerichtliche Geltendmachung auf ihre Existenz ausübt.

Wie nun die öffentlichrechtlichen Beziehungen des Einzelnen theils auf seiner Stellung als Glied der Gemeinschaft theils auf seiner Stellung als Organ der Gemeinschaft beruhen, so beruhen seine privatrechtlichen Beziehungen auf seiner Individualität, durch welche er theils von anderen Individuen sich unterscheidet theils mit anderen Individuen zusammenhängt. Indem das äußere Dasein des Individuums als ein unmittelbares mit seiner leiblichen Erscheinung zusammenfällt, so ist die Grundlage aller Privatrechte, aber noch nicht selbst ein Privatrecht, die persönliche Freiheit als eine gegen Angriffe anderer Personen vom Rechte geschützte. Indem aber die Persönlichkeit einerseits durch ihre leibliche Erscheinung selbst der Außenwelt angehört, andererseits dagegen dieser, soweit sie nicht die Erscheinung eines persönlichen Daseins ist, gegenübersteht als einem Mittel der Erhaltung und Ergänzung des eigenen Daseins, so gesellt sich zur unmittelbaren persönlichen Existenz als eine Erweiterung derselben ihre Erhaltung und Ergänzung durch die Existenz von Sachen, durch deren Kräfte die unmittelbaren Kräfte der Person eine Verstärkung erfahren. Sind die Kräfte meines Leibes unmittelbar die meinigen, so sind die Kräfte meiner Sache mittelbar die meinigen; indem daher das Recht eine Sache als die meinige anerkennt, so erkennt es mein Dasein an als ein durch ihre Einverleibung erweitertes und erkennt es ebenso das Dasein der anderen an als ein dadurch beschränktes, da die an sich der Einwirkung jeder Person zugängliche Sache derselben entzogen ist durch ihre Einverleibung in mein der Einwirkung anderer Personen entzogenes Dasein. Ein Recht ist jene das Dasein anderer Personen beschränkende Erweiterung des eigenen Daseins als eine vom Rechte anerkannte oder als eine solche, deren Verletzung nicht ohne Unrecht möglich und deren thatsächliche Existenz rechtlich geschützt ist; wie aber diese Erweiterung in Ansehung ihres Umfanges auch eine solche Einverleibung der Sache sein kann, welche nur auf bestimmte Kräfte derselben sich erstreckt, so kann andererseits der Grad ihrer Anerkennung und ihres Schutzes ein verschiedener sein; das dingliche Recht an einer Sache ist daher in Ansehung seines Inhaltes theils Universal-

recht, theils Specialrecht und in Ansehung des Grades seiner Existenz theils absolutes, theils relatives; auf dem ersteren Gegensatze beruht die Unterscheidung des Eigenthumes und der Rechte an fremder Sache, auf dem letzteren diejenige des Eigenthums und des Besitzes, welcher von jenem durch den geringeren Grad des ihm zu Theil werdenden rechtlichen Schutzes und der durch diesen sich aussprechenden rechtlichen Anerkennung sich unterscheidet.

Die Rechte an Sachen sind Erweiterungen des individuellen Daseins, deren Consequenz die ihnen entsprechenden Beschränkungen fremden persönlichen Daseins sind; es gibt aber auch rechtliche Erweiterungen des eigenen individuellen Daseins, welche in Beschränkungen des individuellen Daseins bestimmter anderer Personen aufgehen, die Forderungsrechte oder Obligationen. Macht die Begründung eines dinglichen Rechtes das Dasein der Sache demjenigen der Person, so macht die Entstehung einer Obligation das eigene Dasein einer bestimmten Person demjenigen einer anderen dienstbar; diese Dienstbarkeit ist aber als eine solche einer freien Person von anderer Natur als diejenige der unfreien Sache. Als Dienstbarkeit einer Person ist sie eine Dienstbarkeit ihres Willens, welchen sie nicht negirt, sondern zu einem bestimmten Verhalten nötigt, durch welches ein individuelles Bedürfniß des Berechtigten seine Befriedigung erfährt. Wird das Dasein der Sache durch ihre Aneignung dem Dasein der Person einverleibt, so daß ihre Kräfte als die eigenen Kräfte der Person gelten und die rechtliche Existenz der Sache in ihrer Existenz für die Person der an ihr Berechtigten aufgeht, so setzt das Recht des Gläubigers gegen den Schuldner vielmehr dessen Dasein als ein selbständiges voraus, indem es an seinen Willen sich wendet, und befriedigt ein Bedürfniß des Gläubigers nicht unmittelbar durch seine Existenz, sondern mittelbar durch die eigene Pflichterfüllung des Schuldners. Anstatt durch die Obligation aufgehoben zu werden, wird durch dieselbe die persönliche Freiheit des Schuldners, ohne welche von einer Pflicht und Pflichterfüllung desselben keine Rede sein könnte, vielmehr vorausgesetzt. Daran ändert nichts die Notwendigkeit der Pflichterfüllung, welche nicht eine physische, sondern eine sittliche ist, indem die Pflichterfüllung nicht ohne Unrecht unterbleiben kann; und daran ändert ebensowenig der eventuell die Befriedigung des Gläubigers unabhängig vom Willen des Schuldners herbeiführende Zwang, dessen Möglichkeit die Forderung ebenso wenig als ein anderes Privatrecht

selbst zur Zwangsbefugniß macht. Ist aber einerseits das Forderungsrecht keine Zwangsbefugniß und kann es andererseits nicht aufgehen in der Befugniß der Erhebung einer Forderung, welche ohne die Macht ihrer Durchsetzung wertlos wäre: so kann es nichts anderes sein als eine Macht, Jemanden zu Handlungen zu bewegen (Brinz, Krit. Blätter civ. Inhalts N. 3 S. 5); als eine solche erweist es sich aber auch unstreitig, sobald wir die sittliche Macht, welche das Recht ist, unterscheiden von der unter Umständen seiner thatsächlichen Verwirklichung dienenden physischen Macht. Mit Recht hebt von Scheurl (Kr. Vierteljahrsschr. Bd. 18 S. 486) hervor, daß für das sittliche Bewußtsein des redlich versprechenden die versprochene Handlung eine solche ist, welcher er sich nicht entziehen kann; mit Unrecht aber sieht er deshalb in ihrer Vollziehung nicht ein wahres Handeln; denn jene Notwendigkeit ist nicht eine vom eigenen Willen unabhängige physische, sondern eine für diesen selbst bestehende sittliche.

Die Forderungsrechte bilden zusammen mit den Rechten an Sachen die Classe der Vermögensrechte oder derjenigen Privatrechtsverhältnisse, welche die Macht des Individuums erweitern. Ihre Vereinigung bildet das Vermögen des Berechtigten; indem aber die Macht des Individuums nicht nur eine durch die ihm zustehenden Vermögensrechte erweiterte, sondern auch eine durch die ihm obliegenden Obligationen beschränkte ist, so ist in der umfassenderen Bedeutung das Vermögen einer Person der Inbegriff der ihre individuelle Macht, sei es durch Erweiterung oder durch Beschränkung, bestimmenden Privatrechtsverhältnisse.

Ist es aber das äußere Dasein des Individuums als eines von anderen Individuen verschiedenen, welches durch die Vermögensrechte desselben seine Ergänzung und Erweiterung findet, so findet das Dasein des Einzelnen zugleich eine Ergänzung anderer Art durch den Zusammenhang, welcher zwischen seinem Dasein und demjenigen anderer Individuen vermöge der Einheit der menschlichen Gattung besteht. Zur vollen Entfaltung gelangt der Charakter der Gattung vermöge der geschlechtlichen Einseitigkeit des Individuums erst durch das Verhältniß der zwischen zwei Individuen der verschiedenen Geschlechter bestehenden Lebensgemeinschaft, deren Anerkennung und Schutz durch das Recht das Rechtsverhältniß der Ehe begründet. Bezeichnet das Verhältniß der Ehegatten einen Zusammenhang ver-

schiedener Individuen, welche behufs gegenseitiger Ergänzung sich mit einander vereinigt haben, so beruht das Eltern- und Kindesverhältniß auf dem unmittelbaren natürlichen Zusammenhange verschiedener Individuen, deren Individualitäten nicht als ursprünglich verschiedene einander gegenseitig ergänzen, sondern im Verhältniß der Abstammung zu einander stehen, so daß das Kind den Eltern die Entstehung seiner individuellen Existenz verdankt, durch welche ihre eigene Individualität sich fortpflanzt. Während die Ehe für jeden Gatten sowohl eine rechtliche Erweiterung als eine rechtliche Beschränkung seines individuellen Daseins ist oder ihn dem anderen gegenüber sowohl berechtigt als verpflichtet, so ist das Kind, soweit sein Dasein als ein aus dem elterlichen hervorgegangenes und an ihm theilnehmendes diesem gegenüber kein selbständiges ist, ein Gegenstand des elterlichen Rechtes, dessen dem Wohle des Kindes gemäße Ausübung zugleich ein Gegenstand öffentlichrechtlicher, dem Gemeinwesen gegenüber bestehender Verpflichtung ist. Indem wir als Familie den Inbegriff derjenigen Persouen bezeichnen, deren Lebensgemeinschaft auf dem Verhältniß der Abstammung und dem dieses vermittelnden Gattenverhältnisse beruht, so gehören dem Familienrechte im engeren und eigentlichen Sinne die zwei Rechtsverhältnisse der Ehe und des Elternrechtes an. In weiterem Sinne rechnet man zu den familienrechtlichen Verhältnissen aber auch noch das Rechtsverhältniß der Vormundschaft. Dieselbe beruht nicht gleich den eigentlichen Familienverhältnissen auf einem gattungsmäßigen Zusammenhange bestimmter Individuen, sondern auf der Ergänzungsbedürftigkeit des einzelnen Individuums als eines noch nicht voll oder nicht normal entwickelten und daher voller individueller Selbständigkeit nicht fähigen. Wie überhaupt das individuelle Dasein durch die Rechtsgemeinschaft, welcher das Individuum angehört, seine Ergänzung findet, so findet insbesondere das der normalen Selbständigkeit nicht fähige individuelle Dasein seine Ergänzung dadurch, daß die Fürsorge der Rechtsgemeinschaft der betreffenden Person eine andere als Vormund, d. h. als einen die eigene individuelle Bethätigung ergänzenden oder ersetzenden Beistand oder Vertreter zuweist. Gleich dem Elternrechte ist die Vormundschaft ein Recht, dessen Gegenstand die Person des Mündels ist; als ein nicht um des Vormundes selbst willen bestehendes steht ihm aber dieses Recht zu als einem Organ der Rechtsgemeinschaft oder als Amt, so daß

die öffentlichrechtliche Verpflichtung des Vormundes nicht gleich derjenigen der Eltern nur die Kehrseite seines Rechtes ist.

Die Familienrechtsverhältnisse im weiteren die Vormundschaft mit umfassenden Sinne stehen als solche, in welchen die auf der Einheit der Gattung beruhende Ergänzung und Erweiterung der Individualität durch andere Individuen zum Ausdrucke gelangt, im Gegensatze zu den Vermögensrechten als solchen, welche nur der Ergänzung und Erweiterung des äußeren Daseins der Individuen dienen. Die Normirung der Vermögensrechte selbst aber erleidet Modificationen durch die vermögensrechtliche Bedeutung der Familienrechtsverhältnisse i. w. S. oder durch das sog. Familiengüterrecht, welches sowohl einerseits ein Theil des Familienrechtes als andererseits eine Modification des sog. reinen oder abstracten Vermögensrechtes ist.

Sind es aber verschiedenartige Ergänzungen der individuellen Existenz, welche durch die verschiedenartigen Verhältnisse des Vermögens- und Familienrechtes zum Ausdrucke gelangen, so entstehen schließlich rechtliche Beziehungen eigener Art dadurch, daß das individuelle Dasein einerseits ein vergängliches und andererseits ein solches ist, dessen vermögensrechtliches Resultat vermöge der den Wechsel der Rechtsgenossen überdauernden Einheit der Rechtsgemeinschaft die Existenz des Individuums als ein auf andere Individuen übertragenes zu überdauern vermag. Den Inbegriff derjenigen Normen, welche diese Ersetzung untergegangener Individuen durch überlebende regeln, nennen wir das Erbrecht, welches als Normirung der durch den Tod des Individuums sich ergebenden Privatrechtsverhältnisse den naturgemäßen Abschluß des Privatrechtssystemes bildet.

Anmerkung. Die angegebene Unterscheidung der Privatrechtsverhältnisse sowie ihre successive Behandlung in der hier beobachteten Reihenfolge entspricht einer herrschenden Sitte unserer Wissenschaft. Kein Einverständniß besteht dagegen bezüglich der Begründung dieser Gliederung. Am schärfsten und einheitlichsten ist diejenige Puchtas (Inst. § 207 und an anderen Orten), der in jenen Rechtsverhältnissen durchweg Rechte sieht, welche durch die Verschiedenheit ihres Gegenstandes sich von einander unterscheiden; die Undurchführbarkeit dieser Auffassung ist aber nicht bestreitbar. Im Gegensatze dazu betont Savigny (Syst. I. 334 ff.) mit Recht, daß das die Rechte an Sachen und die Obligationen umfassende Vermögen „eine Erweiterung der individuellen Macht über ihre natürliche Grenze bildet, anstatt daß das Familienverhältniß zur Ergänzung des an sich unvollständigen Selbst bestimmt ist“ (S. 344). Er verkennt aber das specifische Wesen der Obligation, wenn

er vermöge derselben die Person des Schuldners „auf ähnliche Weise wie eine Sache in das Gebiet unserer Willkür hereingezogen" sein läßt (S. 338). — Die Bedeutung subjectiver Rechte erschöpft nur das Wesen der vermögensrechtlichen Verhältnisse; das Rechtsverhältniß der Ehe kann dagegen schon deßhalb nicht als Recht bezeichnet werden, weil dem Rechte des einen Ehegatten dasjenige des anderen als Ausfluß desselben Rechtsverhältnisses gegenübersteht; ebenso geht aber das Eltern- und Kindesverhältniß und die Vormundschaft im Rechte der Eltern und des Vormundes nicht auf, während die erbrechtliche Ersetzung eines Verstorbenen durch Ueberlebende zwar eine Quelle subjectiver Rechte, aber nicht selbst ein solches ist.

Wird vollends das subjective Recht einer neuerdings verbreiteten Tendenz zu Folge (Bierling, Zur Kritik der jur. Grundbegriffe II S. 49 ff. L. Seuffert in der Ztschr. f. Priv.- u. öff. R. XII. S. 617) mit dem Rechtsanspruche gegen eine bestimmte Person oder der Verbindlichkeit dieser identificirt, so gibt es überhaupt nur eine Gattung subjectiver Rechte und ist z. B. das Eigenthum weder ein eigenes Recht noch eine Summe von Rechten, sondern lediglich ein Verhältniß, aus welchem solche hervorgehen. In Wirklichkeit sind aber die Forderungsrechte diejenigen Privatrechte, welche sich mit bestimmten Verbindlichkeiten decken, während zugleich jedes andere Privatrechtsverhältniß solche Verbindlichkeiten und Forderungen als Consequenzen seiner Existenz erzeugt.

## II. Die Entstehung des Rechtes.

### § 6.

Dem doppelten Verhältnisse der Rechtsgemeinschaft zu den einzelnen Rechtsgenossen entspricht ein doppelter Weg der Rechtsbildung. Wie einerseits die Einheit des Gemeinwesens nicht als eine ursprüngliche neben der Vielheit der an ihm Theilnehmenden besteht, sondern ein Product ihres Zusammenseins ist, so hat der Wille des Gemeinwesens seinen Ursprung im Willen seiner Theilnehmer, so daß für die Bildung seines Willens der Wille jedes einzelnen Rechtsgenossen als eines mit den anderen zusammen das Gemeinwesen bildenden von Bedeutung ist. Andererseits aber steht das einmal entstandene Gemeinwesen über dem Einzelnen als ein einheitliches Ganzes von eigener Organisation und einem eigenen durch die Functionen seiner Organe sich äußernden Leben. Demgemäß ist die Rechtsbildung innerhalb des Gemeinwesens entweder eine originäre, durch das Verhalten der einzelnen Rechtsgenossen sich vollziehende, oder eine abgeleitete, durch die besondere Organisation des Gemeinwesens vermittelte.

Die Rechtsbildung der zweiten Art vollzieht sich durch die in verfassungsmäßiger Form erfolgende Erklärung oder Satzung der durch die Verfassung des Gemeinwesens dazu berufenen Organe. Im Gegensatze zu ihr ist die Rechtsbildung der ersten Art eine formlose und mit der bestimmten Verfassung des besonderen Gemeinwesens nicht zusammenhängende, von welcher daher keine Rede sein könnte, wenn die Organisation des Gemeinwesens der letzte Grund aller Rechtsbildung innerhalb desselben wäre.

Die originäre Rechtsbildung ist aber im Gegensatze zur verfassungsmäßigen nicht nur eine formlose, sondern auch eine unwillkürliche und ist das Product eines nicht bis zu seinem Ursprunge zurückzuverfolgenden Prozesses.

Man hat dies schon bestritten und z. B. auf die einzelnen Rechtsgeschäfte der Rechtsgenossen und die einzelnen Rechtssprüche der Gerichte als die Ausgangspunkte der Rechtsbildung verwiesen[1]); es ist aber klar, daß sowohl von Rechtsgenossen als von Rechtsgeschäften und Rechtssprüchen nur die Rede sein kann unter der Voraussetzung bereits bestehender Rechtsnormen. Es ist eine unverlierbare Errungenschaft der historischen Schule, daß die Anfänge der Rechtsbildung zusammenfallen mit den Anfängen der Gemeinschaftsbildung und sich nicht bloslegen lassen; und wenn sie alles Recht auf das Walten des Volksgeistes zurückgeführt hat, so muß man sich nur davor hüten, die Einheit dieses Geistes falsch zu verstehen, und zugleich den Begriff des Volksgeistes durch den weiteren des Gemeingeistes ersetzen, da der Begriff der Rechtsgemeinschaft nicht identisch ist mit demjenigen des Volkes. Daran kann in der That kein Zweifel bestehen, daß keine Gemeinschaft möglich ist ohne die Existenz eines Gemeingeistes, an welchem jedes Glied der Gemeinschaft theilnimmt und welcher in der stetigen Wechselwirkung ihrer Glieder als das sie vereinigende Princip sich entwickelt, erneuert und umbildet. Indem aber jeder einzelne ein doppeltes Dasein als Glied der Gemeinschaft und als für sich bestehendes Wesen führt, so besteht auch zwischen dem die Genossen vereinigenden Gemeingeiste und der Individualität des einzelnen Genossen das doppelte Verhältniß der Uebereinstimmung und der Differenz.

Zur Rechtsquelle wird nun jener Gemeingeist dadurch, daß er

---

1) So Rudorff zu Puchtas Inst. § 12 Note a.

nicht in jedem einzelnen zu jeder Zeit lebendig ist, daß aber seine Herrschaft als eine Existenzbedingung der Gemeinschaft empfunden wird, weshalb jeder sich als Glied der Gemeinschaft Fühlende den Widerstreit seiner individuellen Triebe gegen die Forderung des Gemeingeistes als gemeinschaftswidrig oder als unrecht empfinden muß. Zur Rechtsquelle wird so der Gemeingeist in seiner besonderen Eigenschaft als Gemeinwille. Gerade diese Existenz eines vom individuellen Willen jedes einzelnen Rechtsgenossen verschiedenen Gemeinwillens ist es, was in der Organisation des Gemeinwesens zum sichtbaren Ausdrucke gelangt; wie aber die Organe des Gemeinwesens selbst Individuen sind, so wird durch diese Organisation die Thatsache zwar in den Hintergrund gedrängt, aber nicht aufgehoben, daß der Gemeinwille unbeschadet der Selbständigkeit, mit welcher er jedem einzelnen gegenübertritt, doch aus der Wechselwirkung der Einzelwillen stets von Neuem als Product ihrer Gemeinschaft hervorgeht. Wie der Gemeinwille als ein von den Einzelwillen gesonderter zur Erscheinung gelangt in den verfassungsmäßigen Handlungen der Gemeinschaftsorgane, so gelangt er als ein auf der Wechselwirkung der Einzelwillen beruhender zur Erscheinung im Verkehre der Rechtsgenossen. Die von diesen in ihrem gegenseitigen Verkehre thatsächlich beobachteten Grundsätze werden zu Rechtsgrundsätzen dadurch, daß die Allgemeinheit und Constanz ihrer Beobachtung sie zu solchen macht, auf deren fernere Beobachtung seitens der anderen jeder Rechtsgenosse rechnet. Aeußert sich im Gesetze oder in der verfassungsmäßigen Satzung der Gemeinschaftsorgane der Gemeinwille als ein von jedem Gliede der Gemeinschaft zu befolgender, so äußern sich durch die thatsächliche Uebung der Genossen die in ihr beobachteten Grundsätze als allgemein befolgte und dadurch zum Inhalte des Gemeinwillens gewordene, so daß es gerade ihre bisherige allgemeine Befolgung ist, welche für jeden einzelnen die Pflicht ihrer ferneren Befolgung begründet. Wenn man daher dem G e s e t z e s rechte das G e w o h n h e i t s recht entgegenzusetzen pflegt, so ist dieser Ausdruck ganz richtig, insoferne es erst die fortgesetzte thatsächliche Befolgung gewisser Grundsätze ist, welche die Erwartung ihrer ferneren Befolgung begründet. Daß aber diese Erwartung zur Rechtsforderung wird, beruht auf der Beschaffenheit der betreffenden Gewohnheit als einer allgemeinen und damit der durch sie befolgten Grundsätze als allgemeingiltiger und jeden Einzelnen bindender.

Neben dem Momente der gemeinsamen und constanten Uebung pflegt unsere Theorie für die Enstehung des Gewohnheitsrechtes das weitere Erforderniß der sog. opinio iuris s. necessitatis aufzustellen. Ist aber dieselbe nichts anderes als die Ueberzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit des betreffenden Verhaltens oder von der rechtlichen Geltung des durch dasselbe befolgten Grundsatzes, so kann von einer solchen Ueberzeugung als einem Erfordernisse für die Bildung einer Rechtsgewohnheit keine Rede sein; träfe dieses Erforderniß zu, so wäre die Entstehung jedes Gewohnheitsrechtes bedingt durch einen Irrthum über das bestehende Recht. In Wirklichkeit ist jene Ueberzeugung als eine irrthümliche ohne rechtliche Bedeutung, und als eine durch die Existenz einer fertigen Gewohnheit begründete ist sie nicht Existenzbedingung des Gewohnheitsrechtes, hat vielmehr selbst in dessen Existenz ihren Grund. Kann aber das erste Aufkommen und die fortschreitende Einbürgerung der betreffenden Uebung auf beliebigen Motiven beruhen, so muß sie doch, soll sie ein Gewohnheitsrecht begründen, zu einer von jenen Motiven unabhängigen geworden sein, so daß die Thatsache der bisherigen Uebung zum zureichenden Grunde der ferneren Uebung geworden ist. Damit also eine Gewohnheit zur rechtlich bindenden werde, bedarf es eines bestimmten Bewußtseins wesentlich in dem negativen Sinne, daß ihre Verpflichtungskraft durch ein bestimmtes Bewußtsein ausgeschlossen wird. So lange eine aus bestimmten Zweckmäßigkeits-, Bequemlichkeits- oder sonstigen Gründen aufgekommene Uebung in dem Bewußtsein befolgt wird, daß sie um dieser bestimmten Gründe willen am Platze sei, so lange ist noch nicht die Thatsache ihrer bisherigen Befolgung zum Grunde ihrer bisherigen Befolgung geworden; so lange die Uebung befolgt wird als eine durch bestimmte Gründe gerechtfertigte, so lange erscheint sie auch als eine solche, deren Notwendigkeit durch das Zutreffen jener Gründe bedingt ist, während sie ein Gewohnheitsrecht erst erzeugt, wenn die Berechtigung ihres Daseins und die Notwendigkeit ihrer ferneren Befolgung als eine durch ihr Dasein selbst gegebene empfunden wird. Ist aber in diesem Sinne das Gefühl der Notwendigkeit der betreffenden Uebung als ein durch diese selbst erzeugtes erforderlich, so muß des weiteren diese Notwendigkeit als eine rechtliche empfunden werden, weßhalb die opinio necessitatis mit Recht bezeichnet wird als opinio iuris. Muß die Uebung zu einer solchen geworden sein, auf deren fernere Befolgung so gerechnet wird, daß die

Täuschung dieser Erwartung als Rechtsverletzung empfunden wird, so ist dieses ausgeschlossen bei solchen Uebungen, deren Inhalt empfunden wird als ein andere Personen nichts angehender, so daß die Unterlassung ihrer Befolgung niemanden verletzt. Die betreffende Uebung kann aber auch als eine solche erscheinen, deren Befolgung anderen geschuldet wird, jedoch so, daß ihre Unterlassung keine Rechtsverletzung ist. Dies ist der Fall bei solchen Uebungen, deren Befolgung als eine Sache gesellschaftlicher Verpflichtung, als ein Gebot des Anstandes oder der Höflichkeit erscheint; die Unterlassung oder Zuwiderhandlung wird hier als eine Rücksichtslosigkeit empfunden welche zwar das Gefühl der Kränkung, aber nicht die Befugniß begründet, die Macht der Gemeinschaft gegen sie anzurufen, sei es nun wegen des geringen Grades oder der besonderen das Einschreiten mit den Mitteln rechtlichen Zwanges widerratenden Beschaffenheit der Verletzung.

Ohne selbständige Bedeutung sind weitere vielfach aufgestellte subjective Bedingungen des Gewohnheitsrechtes, deren Behauptung nur insoweit begründet ist, als ihre Abwesenheit als ein Kennzeichen fehlender opinio iuris erscheint, so

1. das Erforderniß der sog. Rationabilität, kraft dessen unvernünftige oder unsittliche Gewohnheiten kein Recht erzeugen sollen. Wäre die Beurtheilung dieser Unvernünftigkeit oder Unsittlichkeit der Vernunft und dem Gewissen des einzelnen zur Anwendung des Rechtes Berufenen anheim gegeben, so könnte von einem wirklichen über die individuelle Willkür erhabenen Gewohnheitsrechte überhaupt keine Rede sein; sind es dagegen die innerhalb der betreffenden Gemeinschaft herrschenden Begriffe, welche für jene Beurtheilung den Maßstab abgeben sollen, so lassen diese eine ihnen widersprechende Uebung überhaupt nicht zur allgemeinen und constanten werden. Indem aber vermöge des besonderen nicht alle Rechtsgenossen berührenden Gegenstandes der Uebung der Kreis der die Uebung Befolgenden ein engerer sein kann als der Kreis der Rechtsgenossen, so kann allerdings der Inhalt der in jenem engeren Kreise festgewurzelten und desjenigen Maßes der Allgemeinheit, dessen sie vermöge ihres Inhaltes überhaupt fähig ist, theilhaft gewordenen Uebung nach dem Maßstabe der innerhalb der Rechtsgemeinschaft herrschenden Begriffe als unvernünftig oder unsittlich erscheinen. Indem aber diejenigen Gebote der Vernunft und Sittlichkeit, welche innerhalb der

Gemeinschaft als schlechthin bindend gelten, mit den Geboten ihres Rechtes zusammenfallen, so ist jener Widerspruch gegen Vernunft und Sitte identisch mit dem Widerspruche gegen das gemeine Recht der Gemeinschaft, und die Frage, um welche es sich in Wirklichkeit handelt, ist diese, inwieweit ein Sonderrecht eines bestimmten Kreises im Widerspruche mit dem gemeinen Rechte der Gemeinschaft, welcher er angehört, sich zu bilden vermöge. Sofern nun jener besondere Kreis nicht eine selbständige Rechtsgemeinschaft bildet, so ist die gewohnheitsrechtliche Entstehung eines Sonderrechtes für denselben nur insoweit möglich, als das gemeine Recht der Gemeinschaft nicht durch seinen exclusiven Charakter ein solches ausschließt. Im Falle dieses Ausschlusses fehlt es aber auch an der opinio iuris, da das constante Verhalten eines bestimmten Kreises von Personen diese nur dann zu erzeugen vermag, wenn entweder dieser Kreis mit dem Kreise der einer bestimmten Rechtsgemeinschaft Angehörigen identisch oder doch die Uebung dieses Kreises nicht durch den Willen der Gemeinschaft ausgeschlossen ist. Trotz seines Widerspruches würde jene Uebung Recht nur erzeugen können als Ausdruck eines selbständigen, von der Unterordnung unter jenen Willen sich losreißenden Gemeinwillens, also dadurch, daß jener Kreis als selbständige Rechtsgemeinschaft von derjenigen Gemeinschaft, welcher er bisher angehörte, sich absondern würde.

2. Außer derjenigen Gewohnheit, welche der Rationabilität ermangelt, hat man auch derjenigen, welche auf einem Irrthum beruht, die Kraft der Rechtserzeugung abgesprochen. Dieser Satz trifft aber nur insoweit zu, als er aus dem oben erörterten Verhältnisse der Gewohnheit zu den Motiven ihres Aufkommens sich ergibt. So lange es nicht die Thatsache der bisherigen Uebung, sondern die irrthümliche Annahme einer abgesehen von dieser bestehenden Rechtsnorm ist, kraft welcher die fernere Uebung als geboten erscheint, so lange ist allerdings kein Gewohnheitsrecht zu Stande gekommen; die noch so allgemein und constant, aber nur deshalb befolgte Norm, weil man sie für Gesetzesrecht hält, entpuppt sich durch die Entdeckung des Irrthums als eine solche, welche nicht Gesetzesrecht und darum überhaupt keine Rechtsnorm ist. Sobald aber die Uebung sich in der Weise eingebürgert hat, daß unbeschadet der irrthümlichen Annahme eines Gesetzes als ihrer Entstehungsursache die bisherige Uebung zur selbständigen die Frage nach ihrer

Berechtigung ausschließenden geworden ist, so kann ihr jene nachträgliche Entdeckung ebensowenig mehr anhaben als einer festgewurzelten individuellen Gewohnheit die Entdeckung anhaben kann, daß z. B. derjenigen von uns als Autorität verehrten Person, deren Vorschrift wir zu befolgen glaubten, dieselbe fälschlich zugeschrieben war. Wie der Einzelne die aus einem solchen Grunde angenommene Gewohnheit, falls er nachträglich diesen als einen nicht zutreffenden erkennt, so lange, aber auch nur so lange aufgeben wird, als ihm dieselbe nicht unabhängig von jenem Grunde zum Bedürfnisse geworden ist, so wird die allgemeine Gewohnheit durch Entdeckung des ihr zu Grunde liegenden Irrthums so lange, aber auch nur so lange zur grundlosen, als nicht schon die Thatsache ihres bisherigen Bestehens zum Grunde ihrer ferneren Befolgung geworden ist.

Als Inhalt desselben Gemeinwillens steht das Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrechte um so sicherer gleich, da es die thatsächliche, im Gewohnheitsrechte sich unmittelbar geltend machende Lebensgemeinschaft der Genossen ist, auf welcher die rechtliche Organisation des Gemeinwesens und die durch diese ermöglichte Gesetzgebung beruht. Je mehr aber die einheitliche Organisation des Gemeinwesens an Festigkeit gewinnt und damit die Thätigkeit der Gesetzgebung zunimmt, desto mehr drängt sie das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund, welches zu seiner Ausbildung längerer Zeit, sowie einer thatsächlichen Lebensgemeinschaft bedarf, welche mit fortschreitender Entwickelung sich zu lockern pflegt. Abgesehen von demjenigen Gewohnheitsrechte, dessen Ausbildung selbst durch Organe des Gemeinwesens vermittelt wird (§ 7), beschränkt sich daher thatsächlich die Bildung neuer Rechtsgewohnheiten mehr und mehr auf bestimmte Kreise von Personen, zwischen welchen theils durch locale theils durch berufliche Beziehungen die zur Ausbildung gemeinsamer Gewohnheiten erforderliche Lebensgemeinschaft besteht. Ist aber dadurch die Bildung neuen Gewohnheitsrechtes thatsächlich erschwert, so ist damit an der rechtlichen Bedeutung der wirklich zu Stande gekommenen Rechtsgewohnheit nichts geändert. Auch diese hat man aber schon versucht durch gesetzliche Bestimmungen einzuschränken, welche die Entstehung jedes dem Gesetzesrechte widersprechenden Gewohnheitsrechtes ausschließen wollten. Ohne praktische Bedeutung sind solche Bestimmungen nicht, indem sie

den zur Bildung einer Gewohnheit drängenden Gründen ein Gegenmotiv entgegensetzen und damit ihre Ausbildung erschweren. Hat sie aber trotzdem sich eingebürgert, so hat ihr gegenüber das Gesetz, welchem sie zuwiderläuft, seine Geltung ebenso gut verloren, als ein Gesetz, welches seine Aufhebung durch widersprechende neue Gesetze verbietet, durch die trotzdem erfolgte Durchsetzung dieser aufgehoben ist.

Ist das Gewohnheitsrecht in gleicher Weise Inhalt des Gemeinwillens wie das Gesetzesrecht, so ergibt sich daraus, daß auch die Stellung des Richters, als des zur Anwendung des Rechtes berufenen Organes der Gemeinschaft, dem einen und dem anderen gegenüber grundsätzlich dieselbe ist. Hat er daher das Gewohnheitsrecht gleich dem Gesetzesrechte von Amtswegen anzuwenden, so ist er doch vielfach nicht in der Lage, die Thatsachen, durch welche es entstanden ist, von Amtswegen zu kennen; er kann daher, wenn eine Partei auf ein ihm unbekanntes Gewohnheitsrecht sich beruft, ihr den Beweis der Thatsachen, durch welche es entstanden sein soll, auferlegen. Indem er aber hier der Hilfe der Partei zur Ergänzung einer von Rechts wegen ihm selbst obliegenden und nur thatsächlich ihm nicht zugänglichen Kenntniß sich bedient, so hat er auch dann, wenn der Partei jener Beweis mißlang, das fragliche Gewohnheitsrecht doch anzuwenden, falls es ihm gelingt, auf irgend welchem Wege zu seiner Kenntniß zu gelangen.

**Anmerkung 1.** Die Quellen des römischen Rechtes gedenken des Gewohnheitsrechtes vielfach; sie fordern zu seiner Entstehung eine longa oder inveterata consuetudo und führen es zurück auf den tacitus consensus civium oder populi, welchen sie dem Gesetze als dem erklärten consensus populi gleichstellen. Demgemäß erkennen sie auch die gleiche Geltung des gesetzlichen und des Gewohnheitsrechtes an (l. 32 ff. D. de legib. 1, 3).

Bestritten ist, wie dazu der Ausspruch Constantins sich verhalte (L. 2 C. quae sit l. cons. 8, 53).

> Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

Puchta's Versuch, unter Betonung der Worte sui valitura momento den Ausspruch von einer solchen Gewohnheit zu verstehen, welche nicht eine Rechtsgewohnheit sei, scheitert schon daran, daß die Quellen sonst durchweg als Erforderniß des Gewohnheitsrechtes lediglich die consuetudo als solche be-

zeichnen. A. Schmidt's (Leipziger Programm von 1881) Annahme, daß der Ausspruch nur die gleiche Geltung des Gesetzes behaupte, also der Gewohnheit nur die Fähigkeit abspreche, sich gegen ein widersprechendes neues Gesetz zu behaupten, ist dadurch ausgeschlossen, daß neben der lex die ratio als eine solche bezeichnet ist, welche die Gewohnheit nicht zu besiegen vermöge; wird hier die Gewohnheit bezeichnet als eine der ratio nicht überlegene, so soll damit unzweifelhaft die ratio bezeichnet werden als eine der Gewohnheit überlegene. Das Erforderniß der sogen. Rationabilität der Gewohnheit hat man daraus abgeleitet durch Uebersetzung der ratio als „Vernunft". Dem widerspricht aber sowohl der sonstige juristische Sprachgebrauch, als die Nebeneinanderstellung von ratio und lex; erscheinen an sich Vernunft und Gesetz als ungleichartige Factoren, so wäre insbesondere wenigstens die Voranstellung des Gesetzes zu erwarten, welches in Constantins Augen doch gewiß der Vernunft vorging. In Wirklichkeit gehört die ratio ebenso sehr dem positiven Rechte an als die lex; sie ist nichts anderes als die ratio juris, und was Constantin sagt, ist dieses, daß die Gewohnheit nicht mächtig genug sei, um ein Rechtsprincip von feststehender Geltung oder eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung außer Kraft zu setzen. Die Annahme nun, daß dieser Satz an particulare Gewohnheiten denkt, in Wirklichkeit daher nicht sowohl das Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zum Gesetzesrechte als dasjenige des Particularrechtes zum Reichsrechte regelt, ist keine willkürliche. Daß thatsächlich es zu Constantins Zeit nur particulare Gewohnheiten gab, ist nicht zu bezweifeln, während umgekehrt die Geltung sowohl der lex, falls diese nicht selbst das Gebiet ihrer Geltung beschränkte, als der ratio juris eine allgemeine war. Besagen die Worte sui valitura momento, daß die Gewohnheit sich nicht durch ihr eigenes Gewicht gegen den Widerspruch der ratio oder lex behaupten könne, so deuten sie damit an, daß diese Behauptung nicht schlechthin ausgeschlossen, aber von der Zulassung einer höheren Auctorität abhängig sei, und diese Auctorität ist diejenige, welche das Reich beherrscht, so daß damit die Geltung eines den Grundsätzen des Reichsrechtes oder dem Inhalte eines Reichsgesetzes widersprechenden Particularrechtes abhängig gemacht ist von der Duldung der Reichsgewalt. So Savigny Syst. I 420 ff., welcher aber unter der ratio der Stelle das Staatsinteresse versteht.

Wie man aus jener Verordnung Constantins das Erforderniß der Rationabilität abgeleitet hat, so hat man für den Ausschluß eines durch einen Irrthum hervorgerufenen Gewohnheitsrechtes sich auf l. 39. D. de legib. berufen.

> Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

Was aber consuetudine obtentum est, das ist durch die Gewohnheit zu wirklicher rechtlicher Geltung gelangt, und wenn es bezeichnet wird als etwas zuerst durch Irrthum und dann durch Gewohnheit zur Geltung Gelangtes, so ist damit eben gesagt, daß im Gegensatze zum Irrthume als dem ursprüng-

lichen Grunde der thatsächlichen Geltung die Gewohnheit der Grund der späteren, nunmehr rechtsverbindlichen Geltung ist. Wird nun das so Geltende bezeichnet als ein in aliis similibus nicht geltendes, so wird damit nur die analoge Anwendung der betreffenden Norm auf andere außerhalb ihres Geltungsgebietes gelegene Fälle ausgeschlossen (vgl. S. 71). Die Bedeutung von Rechtsnormen kommt übrigens jenen Aussprüchen nicht zu; denn die Frage nach den Quellen des positiven Rechtes kann nicht durch eine einer solchen Quelle entstammende Satzung beantwortet werden.

**Anmerkung** 2. Auf Grund der die Entstehung des Rechtes auf das Walten des Volksgeistes zurückführenden Lehre der historischen Schule wurde die Theorie des Gewohnheitsrechtes ausgeführt von Puchta, das Gewohnheitsrecht 1828. 1837. Während er in der thatsächlichen Uebung nur eine Quelle der Erkenntniß des sog. Gewohnheitsrechtes sieht, so ist sie von den meisten Neueren als Entstehungsgrund desselben anerkannt, während ihr Verhältniß zur opinio necessitatis als einer durch sie erzeugten noch vielfach verkannt wird. Während sodann die historische Schule die Thatsache nicht genügend betont hat, daß es die Wechselwirkung der Einzelgeister und Einzelwillen ist, durch welche der Gemeingeist und Gemeinwille sich bildet, erhält und erneuert, so haben manche Neuere die Existenz eines Gemeingeistes und Gemeinwillens schlechthin verneint und damit sich die Möglichkeit verschlossen, die Existenz der Rechtsgemeinschaft und das Wesen der Rechtsbildung zu verstehen. Dies gilt insbesondere von der neuesten Arbeit Zitelmanns (Arch. f. civ. Prax. Bd. 66. S. 323 ff.), welche die reichhaltigste Uebersicht der bisher aufgestellten Theorien und eine vielfach zutreffende Kritik derselben gewährt, aber ihrerseits von der thatsächlichen Uebung zu ihrer rechtlichen Geltung nur durch einen „Sprung über eine unausgefüllte Kluft" gelangt.

## § 7.

Eine besondere Art des Gewohnheitsrechtes ist das sogen. Recht der Praxis. Wenn es nicht bestritten wird, daß einerseits die unmittelbare Aufgabe der richterlichen Entscheidung lediglich die Beurtheilung des einzelnen Falles ist, daß aber andererseits die einmal erfolgte Beurtheilung bestimmter Fälle von Bedeutung ist für die spätere Beurtheilung anderer Fälle, so ist damit notwendig anerkannt sowohl daß das richterliche Urtheil eine Quelle von Rechtsnormen ist, als auch daß diejenige Norm, welche auf einen späteren Fall deshalb von Rechts wegen Anwendung findet, weil sie auf einen früheren thatsächlich Anwendung fand, zur Gattung des Gewohnheitsrechtes gehört.

Fragen wir aber, warum und in welchem Umfange die

frühere Entscheidung eines bestimmten Falles für die spätere Entscheidung anderer Fälle maßgebend zu sein verdient, so tritt uns hier im Gegensatze zur rechtlichen Bedeutung sonstiger Uebungen schon eine gewisse Auctorität der ersten Entscheidung entgegen. Auch sonst erzeugt schon das einmalige Verhalten die Neigung zu seiner Wiederholung bei gleichem Anlasse; indem aber die einzelne Handlung ein Product der individuellen Willkür ist, so kann erst ihre Nachahmung durch andere zeigen, ob jenes Verhalten geeignet ist die Bedeutung eines allgemein giltigen zu erlangen. Die richterliche Entscheidung dagegen tritt uns nicht als Product individueller Willkür entgegen; ist sie eine richtige, so ist sie nichts anderes als die Anwendung einer allgemein giltigen Norm, und zugleich hat sie die Vermutung der Richtigkeit für sich, da sie nicht von einem beliebigen Individuum, sondern von einem Organ des Gemeinwesens ausgeht, dem dieses durch seine Bestellung das Zutrauen geschenkt hat, daß es den Willen und die Fähigkeit richtiger Entscheidung besitze. Ist nun zudem die gleiche Beurtheilung gleicher Fälle eine Forderung der Gerechtigkeit, so ergibt sich sowohl aus der Auctorität jedes einzelnen Gerichtes als eines Organes des Gemeinwesens, als auch aus dem praktischen Bedürfnisse der Rechtsgenossen die Bedeutung der durch richterliche Entscheidung anerkannten Norm als einer im Zweifelsfalle zu Recht bestehenden. Die Auctorität der richterlichen Entscheidung ist also durch den Mangel überwiegender, ihre Richtigkeit verneinender Gründe bedingt, und je größer die Auctorität jener Entscheidung ist, desto zwingenderer Gründe bedarf es zu ihrer Beseitigung. Eine höhere ist aber sowohl die Auctorität der mehrmaligen Entscheidung als diejenige des höheren Gerichtes; insbesondere ist die letztere eine höhere nicht nur aus dem praktischen Grunde, weil der ihr nicht stattgebende Unterrichter seine Entscheidung der Umstoßung durch das höhere Gericht aussetzt, sondern auch aus dem principiellen Grunde, weil die Bestellung zum höheren Richter ein höheres Zutrauen des Gemeinwesens bekundet. Eine unbedingte kann aber diese Auctorität der richterlichen Entscheidung durch sich selbst nie werden; der wachsenden Präsumtion ihrer Richtigkeit gegenüber kann die Ueberzeugung von ihrer Unrichtigkeit nie ganz unmöglich werden, und wo diese mit voller Bestimmtheit besteht, hat der Richter ihr stets stattzugeben, da die

Präsumtion ihrer Richtigkeit, vermöge welcher allein die frühere Entscheidung als solche für die spätere maßgebend ist, durch die bestimmte Erkenntniß ihrer Unrichtigkeit stets zerstört wird. Es kann aber aus der constanten Praxis der Gerichte ein volles und unbedingtes Gewohnheitsrecht erwachsen vermöge der durch sie sich erzeugenden opinio juris der Rechtsgenossen. Halten sämmtliche Gerichte des Gemeinwesens durch Jahrzehnte hindurch bestimmte, in keinem Gesetze begründete Normen fest, finden diese aber nicht die allgemeine Anerkennung der Rechtsgenossen, indem immer wieder der Versuch erneuert wird, die gerichtliche Anerkennung der gegentheiligen Normen durchzusetzen, oder indem unter Vermeidung gerichtlicher Entscheidungen die gegentheiligen Normen durch ihre thatsächliche Befolgung und schiedsrichterliche Anwendung aufrecht erhalten werden: so wird die gesetzwidrige Praxis der Gerichte nie zum Rechte; als zur Rechtsanwendung berufene Organe des Gemeinwesens vermögen die Gerichte der Gemeinschaft ein neues Recht nicht aufzudrängen. Haben sich aber die in ihren Entscheidungen constant festgehaltenen Normen eingebürgert, ist der Versuch der Opposition gegen dieselben entweder überhaupt nicht erhoben worden oder erloschen, so haben diese Normen die Anerkennung der Rechtsgenossen gefunden und sind kraft dieser zu schlechthin geltenden geworden. Wie es aber die Anerkennung der Genossen ist, welche das sogen. Recht der Praxis zum wirklichen Rechte erhebt, so ist auch die hier vorliegende Uebung nicht ausschließlich eine solche der Gerichte, indem sie vielmehr zur eigenen Uebung der Rechtsgenossen dadurch geworden ist, daß diese die durch die gerichtlichen Entscheidungen festgestellten Rechtssätze durch die Unterlassung ihrer Anfechtung anerkannt haben.

**Anmerkung.** Neuestens hat O. Bülow (Gesetz und Richteramt. 1885) den Gedanken eines richterlichen Rechtes durchzuführen versucht. Er sieht im Inhalte des Gesetzes „noch kein geltendes Recht", sondern nur den „Entwurf einer zukünftigen erwünschten Rechtsordnung"; im Gegensatze zu der durch das Gesetz versuchten oder angebahnten findet er eine wirkliche und vollendete rechtliche Normirung erst in den Richtersprüchen. Demgemäß spricht er von der Möglichkeit einer lediglich durch „einzelne richterliche Rechtssatzungen" sich vollziehenden Rechtsordnung und findet in der Beständigkeit des richterlichen Spruchrechtes eine thatsächliche, nicht rechtliche Nebeneigenschaft desselben. Diese Theorie Bülows löst die gesammte Rechtsordnung in eine Vielheit individueller Normirungen auf und verkennt durchaus die Grenzen des richter-

lichen Amtes. Daraus, daß keine richterliche Rechtsanwendung ohne eine gewisse Freiheit des richterlichen Ermessens möglich ist, schließt sie, daß es der Wille des Richters sei, welchem das Gesetz die rechtliche Normirung überlasse; aus der Rechtsverbindlichkeit auch des gesetzwidrigen Urtheils schließt Bülow insbesondere die Ermächtigung des Richters zur Erfindung neuer Rechtsbestimmungen. In der Consequenz dieser Theorie läge die Negation nicht nur aller generellen Rechtsnormen, sondern auch aller nicht in rechtlichen Beziehungen bestimmter Personen aufgehenden Rechtsverhältnisse, da ja doch die maßgebende Bedeutung der res iudicata über das Verhältniß der Parteien nicht hinausreicht. Merkwürdiger Weise behauptet Bülow, eine Rechtswissenschaft, welche von richterlichem Rechte in seinem Sinne nichts wissen wolle, spreche sich selbst die Existenzberechtigung ab. Beschränkt sich aber das richterliche Recht als solches auf den concreten Fall, so ist gerade durch seine Erhebung zum allein wirklichen Rechte jede Einheit des Rechtes aufgehoben und jede Wissenschaft desselben unmöglich gemacht. „Die deutlichste aller Offenbarungen freier richterlicher Rechtsbestimmungsmacht“ sieht Bülow in der Reception des römischen Rechtes, welche lediglich „durch die rechtsumbildende Macht des Richteramts“ erfolgt sein soll. Gegen die Bezeichnung der Reception als eines Actes der Rechtsgewohnheit verweist Bülow darauf, daß sie eine Lossagung von allem gewohnten Rechte enthalten habe, als ob nicht jede Annahme einer neuen Gewohnheit eine Lossagung von einer bisherigen wäre! Darin dagegen scheint Bülow keinen Widerspruch zu erblicken, daß das richterliche Recht seinen vollständigsten Triumph dadurch gefeiert haben soll, daß es sich selbst unter das Joch des Gesetzesrechtes begab. Haben aber die Gerichte lediglich kraft eigener Machtvollkommenheit angefangen nach römischem Rechte zu entscheiden, warum sollte es ihnen dann nicht frei stehen, kraft der gleichen Machtvollkommenheit das durch keine höhere Macht ihnen auferlegte Joch wieder abzuschütteln? Uebrigens gerät Bülow selbst mit seiner Zurückführung der Reception auf die Macht des Richteramtes in Widerspruch, wenn er sagt (S. 25): „die Rechtsuchenden selber zogen es vor, sich an diese der fremden Rechte gelehrten Richter zu wenden“; deutet er doch damit das Doppelte an, daß die Reception nicht hätte erfolgen können, wenn die Rechtsgenossen sie nicht hätte geschehen lassen, und außerdem, daß die das römische Recht zur Geltung bringenden Gelehrten vielfach bloße Schiedsrichter waren; was aber durch die Macht des Richteramtes geschieht, kann doch wohl nur durch ein Subject richterlicher Amtsgewalt geschehen!

## III. Die Erkenntniß des Rechtes.

### 1. Ueberhaupt.

### § 8.

Die Erkenntniß des Rechtes geht aus von der Kenntniß derjenigen Thatsachen, durch welche es entstanden ist. Mit jeder auf der Kenntniß historischer Vorgänge beruhenden Wissenschaft theilt in dieser Beziehung die Rechtswissenschaft den doppelten Uebelstand, daß die ersten Anfänge der Entwickelung sich jeder Constatirung entziehen und daß ihr in den meisten Fällen anstatt unmittelbarer Wahrnehmung nur Zeugnisse zu Gebote stehen, aus welchen sie die Kenntniß der betreffenden Vorgänge durch Folgerung gewinnt. Solchen Zeugnissen gegenüber erhebt sich aber die doppelte Aufgabe der Prüfung ihrer Echtheit und der Feststellung des durch sie Bezeugten. Die erste Aufgabe ist diejenige der Kritik, welche der geschichtlichen Bezeugung einer Satzung oder Uebung gegenüber lediglich eine Aufgabe der allen geschichtlichen Wissenschaften gemeinsamen historischen Kritik ist. Dieselbe Aufgabe erhebt sich aber auch gegenüber den unmittelbar wahrgenommenen oder sicher bezeugten Akten der Satzung oder Uebung. Als diejenigen Acte, durch welche eine Rechtsnorm zur Erscheinung gelangt, sind sie solche, welche ihre Existenz sowohl bewirken als bezeugen; indem aber nur durch diejenigen Satzungen und Uebungen Rechtsnormen entstehen, welche gewissen Anforderungen genügen, so hängt die Eigenschaft einer Satzung oder Uebung als einer wirklichen Ursache und damit als eines echten Zeugnisses für die Existenz einer Rechtsnorm davon ab, daß sie die Bedingungen einer rechtsgiltigen Satzung oder einer rechtserzeugenden Uebung erfüllt; zur Aufgabe der historischen Kritik gesellt sich daher diejenige der spezifisch juristischen Kritik; stellt jene die historische Thatsache der Satzung oder Uebung fest, so stellt diese ihren juristischen Charakter fest. In specieller Beziehung auf Gesetze ist Aufgabe dieser juristischen Kritik die Beantwortung der Frage, ob der durch die historische Kritik festgestellte Vorgang den öffentlichrechtlichen Bedingungen eines rechtsgiltigen Gesetzgebungsaktes entspricht, da nur die diesen entsprechende Satzung eine wirkliche Rechtssatzung oder Erklärung des Gemeinwillens ist. Sache des zur

Anwendung des betreffenden Gesetzes berufenen Richters ist aber diese Feststellung nur insoweit, als sie nicht durch die Verfassung des Gemeinwesens anderen Organen desselben zugewiesen ist [1]).

Ist es eine Sache der Kritik, die Existenz eines giltigen Gesetzes oder einer bindenden Rechtsgewohnheit zu constatiren, so ist es eine Sache der Auslegung den rechtlichen Inhalt des Gesetzes oder der Gewohnheit festzustellen. Während die Aufgabe der Auslegung wegfällt, wenn die Kritik ein negatives Resultat ergeben hat, so ist andererseits der von dieser festzustellende Inhalt der fraglichen Satzung oder Uebung sowohl für die Glaubwürdigkeit des über sie vorliegenden Zeugnisses, als auch für den Character der sicher constatirten Satzung oder Uebung als einer Rechtssatzung oder Rechtsübung vielfach maßgebend. Nicht nur kann ein als Gesetzestext überlieferter Satz durch seine sprachliche Fassung oder seinen sachlichen Inhalt seine Unechtheit verrathen, sondern es kann auch der sicher constatirte Gesetzestext durch die Feststellung seines Inhaltes sich als eine Erklärung ergeben, welcher die Bedeutung eines wirklichen, rechtsverbindlichen Gesetzes nicht zukommt [2]); ebenso kann eine Uebung durch die Beschaffenheit ihres Inhaltes sich als eine solche ergeben, welcher der Charakter der Rechtsübung mangelt.

Wie nun die Aufgabe der Kritik die doppelte der historischen, die Thatsache der Satzung oder Uebung, und der juristischen, ihren juristischen Charakter feststellenden Kritik ist, so ist auch die Aufgabe der Auslegung die doppelte, den unmittelbaren Inhalt des durch die Uebung bethätigten oder durch die Satzung erklärten Gedankens und seine juristische Tragweite festzusetzen. Indem Gesetze durch das Mittel der Sprache abgegebene Erklärungen sind,

---

[1]) Es ist eine für die modernen constitutionellen Verfassungen außerordentlich viel verhandelte Frage, ob gegenüber einem vom Monarchen publicirten Gesetze dem Richter die Prüfung der Frage zustehe, ob dasselbe den übrigen staatsrechtlichen Bedingungen eines wirklichen Gesetzes genügt. Dies ist dann und nur dann der Fall, wenn die rechtsgiltige Beantwortung der betreffenden Frage nicht einem anderen Organe des Gemeinwesens zugewiesen ist und dieses Organ kann insbesondere auch der Monarch selbst sein. Auf diese Beschränkung des sog. richterlichen Prüfungsrechtes, dessen Existenz sich nicht bestreiten läßt, macht aufmerksam Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches II. S. 44 ff.

[2]) Eisele im Arch. f. civ. Prax. Bd. 69. S. 275 ff.

so ist in specieller Anwendung auf sie die historische Kritik als Feststellung ihres Wortlautes eine philologische und ebenso die Auslegung ihres unmittelbaren Inhaltes eine sprachliche. Dieser sprachlichen Auslegung, welche man gewöhnlich zu enge als grammatische bezeichnet, pflegt man die logische gegenüberzustellen; diese ist aber in Wirklichkeit eine juristische; stellt die sprachliche Auslegung den unmittelbaren Inhalt der Gesetzesworte fest, so stellt die juristische den Inhalt desjenigen Willens fest, welcher durch das Zustandekommen des Gesetzes zum Gemeinwillen erhoben wurde. Diesen Willen bezeichnet man gewöhnlich als den Willen des „Gesetzgebers“ und hält demgemäß die Aufgabe seiner Ermittelung für die historische der Ergründung derjenigen Gedanken, welche die bei der Entstehung des Gesetzes betheiligten Personen mit den Worten desselben verbunden haben. Diese Aufgabe, welche vom Ausleger verlangt, daß er in die Seele des Gesetzgebers sich hineinversetze, ist an sich schon schwer lösbar, da kein Individuum sich mit Sicherheit in den Gedankengang eines anderen hineinzuversetzen vermag; ist vollends nicht nur am Zustandekommen des Gesetzes, sondern auch an der Fassung seines Textes eine Mehrzahl von Personen betheiligt, deren Gedanken nach verschiedenen Richtungen auseinandergingen, so wird jene Aufgabe vollends unlösbar. Kommt aber jedes Gesetz durch die Thätigkeit bestimmter Individuen zu Stande, so ist es doch als solches nie die Aeußerung eines Individualwillens. Wie die Uebung ein Gewohnheitsrecht erst erzeugt als eine von den individuellen Motiven, welche sie ursprünglich veranlaßten, unabhängige, so ist auch das Gesetz als solches unabhängig von den Gedanken der Individuen, deren Thätigkeit es zu Stande brachte. Daß der Maßstab der sprachlichen Auslegung kein individueller ist, wird allgemein zugegeben; nicht die Laune oder Gewöhnung des Individuums, sondern der Sprachgebrauch und die Sprachgesetze sind es, woraus die sprachliche Auslegung die Bedeutung der einzelnen Gesetzesworte, ihrer Formen und ihrer Verbindung zu Sätzen zu entnehmen hat. Wenn aber damit die Aufgabe der Auslegung noch nicht erschöpft ist, so beruht dies allerdings darauf, daß der unmittelbare Wortsinn einer Rede nicht schon ihr voller und nicht immer ihr eigentlicher Sinn ist. Wenn nun aber dieser Gegensatz gefaßt zu werden pflegt als Gegensatz des typischen Sinnes einer Rede und ihres

individuellen oder des vom Redenden gemeinten Sinnes derselben, so ist damit übersehen einmal, daß die individuelle Meinung der an der Entstehung des Gesetzes betheiligten Personen als solche gleichgiltig ist, und sodann, daß der volle Sinn einer Rede durch die Ergründung derjenigen Gedanken, welche die Redenden mit ihr verbanden, ebensowenig erschöpft ist als durch die Ermittelung ihres unmittelbaren Wortsinnes. Hat insbesondere die juristische Auslegung die Aufgabe, die Unklarheit und Unbestimmtheit, welche leicht den gebrauchten Worten anhaftet, zu beseitigen, so kann sie dieses Ziel schon deshalb nicht durch Ergründung des individuellen Gedankenganges ihres Urhebers erreichen, weil der Unklarheit und Unbestimmtheit seiner Worte eine gleiche, ja höhere Unbestimmtheit seiner Gedanken entsprechen kann.

In Wirklichkeit bedeutet das Fortschreiten von der sprachlichen zur juristischen Auslegung ein Fortschreiten von den im Wortlaute des Gesetzes unmittelbar verkörperten Gedanken zu denjenigen Gedanken, als deren Verkörperung der Gesetzestext erscheint im Zusammenhange des Lebens, welchem sie entsprungen sind, dem zu dienen und das zu beherrschen sie bestimmt sind, sowie des Rechtes, dessen bisherige Principien das neue Gesetz durchführen, ergänzen oder ändern soll. Jedes Gesetz ist hervorgerufen durch bestimmte historische Ereignisse, welche seinen Erlaß veranlaßt haben. Jedes Gesetz verfolgt bestimmte praktische Zwecke, über welche jene Anlässe desselben Auskunft geben, die aber über jene weit hinausgehen können, und jedes Gesetz hat die Absicht der eigenen möglichst unbedingten Geltung. Wie nun das Gesetz in einem bestimmten praktischen Verhältnisse zum Leben steht, so steht es in einem bestimmten logischen Verhältnisse zum Ganzen des Rechtes, welchem es als ein Glied sich einfügt. Als wichtigste Mittel der sogenannten logischen Auslegung pflegt man zu bezeichnen die Beachtung der sogenannten ratio legis und der sogenannten ratio iuris oder desjenigen praktischen Zweckes, welchen es zu erreichen, und desjenigen juristischen Principes, welches es innerhalb des von ihm normirten Gebietes durchzuführen trachtet. In Ansehung seines Verhältnisses zum Leben kommt aber nicht nur in Betracht diejenige Ordnung des Lebens, deren Herbeiführung es bezweckt, sondern auch diejenige Ordnung desselben, welche es als den Stoff, den es sich unterwerfen und dessen ander-

weitige Gestaltung es bewirken will, vorfindet. Neben der Rücksicht auf die Zukunft steht daher die auf die Gegenwart, oder neben der Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes diejenige auf seine Durchführbarkeit, welche vielfach geeignet ist, die Rücksicht auf den Zweck zu beschränken. Will einerseits das Gesetz seinen Zweck in möglichst weitem Umfange erreichen, so will es andererseits denselben lieber in geringerem Umfange erreichen als mit dem Versuche seiner gänzlichen Erreichung gänzlich scheitern; wie der Zweck des Gesetzes stets jenseits der gegebenen Wirklichkeit liegt, so pflegt seine Verwirklichung nicht möglich zu sein ohne gewisse der ihr widerstrebenden Wirklichkeit gemachte Concessionen; zum idealistischen Momente der Auslegung, welches im Hinblicke auf den letzten Zweck des Gesetzes liegt, gesellt sich daher als notwendige Beschränkung das realistische Moment der Rücksicht auf die gegebene Wirklichkeit, welches gebietet, das Gesetz in einem seine wirkliche Durchführung im Leben ermöglichenden Sinne zu verstehen. So bedarf die Auslegung des Gesetzes in Ansehung seines Verhältnisses zum Leben des dreifachen Hinblickes auf die Vorgänge der Vergangenheit, welche es veranlaßt haben, auf die Gestaltung der Zukunft, welche es hervorrufen, und auf den Zustand der Gegenwart, welchen es ändern will. Ebenso ist aber auch der Zusammenhang des einzelnen Gesetzes mit dem übrigen Rechte ein dreifacher, indem es zu diesem im Verhältnisse nicht nur der Coexistenz, sondern auch der Wechselwirkung steht. Einerseits ändert es das bisherige Recht an bestimmten Punkten; andererseits fügt es sich dem Systeme des gegenwärtigen Rechtes als ein Glied ein. Wie aber der Inhalt des einzelnen Gesetzes durch seinen Zusammenhang mit dem bisherigen Rechte, dem es als einem es beherrschenden Ganzen sich einfügt, einen anderen Sinn als den für sich ihm zukommenden erlangt, wie dadurch der durch das neue Gesetz vollzogene Bruch mit der Vergangenheit seinen schroffen Charakter verliert und das Ganze des bestehenden Rechtes das neue Gesetz als ein mit ihm verwachsendes sich assimilirt; so erleidet andererseits durch den ihm neu eingefügten Bestandtheil auch der Charakter des Ganzen eine Veränderung. Der Zusammenhang des einzelnen Gesetzes mit dem Ganzen des Rechtes ist ein solcher, welcher dem unmittelbaren Inhalte des neuen Gesetzes gegenüber seine Tragweite nicht nur

beschränkt, sondern auch ausdehnt; ist das Recht ein Ganzes als ein durch bestimmte, einander gegenseitig ergänzende und beschränkende Principien beherrschtes, so begründet die Stellung des einzelnen Gesetzes im Zusammenhange des Ganzen nicht nur seine Unterordnung unter die dieses beherrschenden Principien, sondern auch die Ableitung solcher aus seinem eigenen Inhalte. Ist es nur ein bestimmtes, begrenztes Gebiet, welches das einzelne Gesetz für sich beherrschen will, während sein Herrschaftsgebiet mit demjenigen anderer Gesetze zu dem einen Herrschaftsgebiete des einen Rechtes sich vereinigt, so ist vermöge dieses Zusammenhanges die Herrschaft des einzelnen Gesetzes weder innerhalb des unmittelbar von ihm normirten Gebietes eine unumschränkte noch eine schlechthin auf dieses Gebiet beschränkte. Zur Feststellung des Sinnes, welcher dem einzelnen Gesetze vermöge des Gesammtzusammenhanges des Rechtes zukommt, gehört daher auch die analoge Ausdehnung seines unmittelbaren Inhaltes. Derjenige im Verhältnisse zum nächsten Wortsinne beschränktere Sinn des einzelnen Gesetzes, welcher ihm durch seine Unterordnung unter allgemeinere Principien zukommt, ist eben so wenig sein unmittelbarer für sich ihm zukommender Sinn als derjenige allgemeinere Sinn, welcher ihm durch Ableitung eines allgemeineren Princips aus seinem besonderen Inhalte zukommt; es ist daher durchaus inconsequent, zwar jene Einschränkung aber nicht diese Ausdehnung seines Sinnes als eine durch Auslegung des Gesetzes festzustellende zu bezeichnen, wie denn auch die übliche Unterscheidung der sogenannten ausdehnenden Auslegung und der sogenannten Gesetzesanalogie eine schlechterdings nicht durchführbare ist. Das Gegentheil der Analogie ist das sogenannte argumentum a contrario; aus der specielleren Norm, welche den unmittelbaren Inhalt des Gesetzes bildet, wird als mittelbarer Inhalt desselben durch jene eine allgemeinere Norm, durch dieses die Verneinung einer solchen abgeleitet; der vermittelst des argumentum a contrario festgestellte Rechtssatz ist aber stets ein verneinender.

Die sprachliche und die juristische Auslegung sind zwei Stufen einer dasselbe Ziel verfolgenden Thätigkeit, deren Resultate in einem verschiedenen Verhältnisse zu einander stehen, jedoch weder schlechthin zusammenfallen, noch schlechthin auseinanderfallen können. Sie können nie schlechthin zusammenfallen, weil die durch

die juristische Auslegung aufzudeckende Gesammtheit der historischen, praktischen und juristischen Beziehungen des Gesetzes sich nicht nur nicht durch den Wortlaut des Gesetzes wiedergeben, sondern überhaupt nicht zum voraus übersehen läßt, weßhalb die sprachliche Auslegung nie eine erschöpfende, sondern stets nur eine Vorstufe der juristischen Auslegung zu sein vermag. Sie können nie schlechthin auseinanderfallen, weil kein Zusammenhang bestimmte Worte als Verkörperung ganz anderer Gedanken erscheinen lassen kann als derjenigen, deren Verkörperung sie für sich betrachtet sind; ein Gesetz, dessen Worte im Lichte seines historischen, praktischen und juristischen Zusammenhanges den für sich ihnen zukommenden Sinn ganz verlieren würden, wäre eben so gut ein sinnloses und daher kein wirkliches Gesetz als dasjenige, dessen Worte überhaupt eines vernünftigen Sinnes entbehren würden. Die Congruenz der sprachlichen und der juristischen Auslegung kann aber eine mehr oder weniger vollständige sein. Sind die Worte des Gesetzes nie eine erschöpfende Verkörperung, sondern stets nur eine Andeutung seines wirklichen Sinnes, so kann doch diese Andeutung eine mehr oder weniger bestimmte und correcte sein, so daß der durch den Wortlaut des Gesetzes gegebene Umriß seines Inhaltes theils seiner schärferen Zeichnung theils der Correctur bedarf. Sie entbehrt der Bestimmtheit, sobald die Worte des Gesetzes mehrdeutig sind, so daß sein Wortsinn kein unzweifelhafter ist. Sie entbehrt der Correctheit, wenn der sprachgebräuchliche Sinn der Worte ein theilweise anderer, sei es nun ein engerer oder weiterer, ist, als der ihnen als Worten des Gesetzes zukommende Sinn.

Daß aber so durch die juristische Auslegung der Wortsinn des Gesetzes, wie ihn die sprachliche ergab, im Falle seiner correcten Fassung eine Bestätigung, im Falle seiner mehrdeutigen Fassung eine nähere Bestimmung, und im Falle seiner incorrecten Fassung eine Berichtigung erfährt, welche theils Ausdehnung theils Einschränkung [1]) ist, das ist keineswegs das eigentliche Resultat der juristischen Auslegung, sondern lediglich die Rückwirkung, welche ihr Resultat auf die sprachliche Auslegung übt. Wie die sprach-

---

[1]) Die von Thöl daneben genannte Aenderung ist theils Einschränkung theils Ausdehnung.

liche Auslegung nur eine Vorstufe der juristischen ist, so vermag sie auch ihr eigenes Ziel der Festsetzung des Wortsinnes erst mit der Hilfe der juristischen Auslegung vollständig zu erreichen. Ist der Wortlaut des Gesetzes mehrdeutig, so ergibt die sprachliche Auslegung die Möglichkeit eines mehrfachen Sinnes und damit noch keinen wirklichen Sinn der Gesetzesworte. Ist aber auch der Wortlaut unter der Voraussetzung seiner correcten Fassung unzweideutig, so ist doch diese Voraussetzung selbst eine bloße Hypothese; ist die Herrschaft jedes Sprachgebrauchs eine schwankende, gibt es kein Wort, das nicht da und dort in einem über den gewöhnlichen Sprachgebrauch hinausgehenden oder hinter ihm zurückbleibenden Sinne gebraucht würde, so ist die sprachliche Auslegung für sich auch als Erhebung des Wortsinnes stets eine nur vorläufige oder präsumtive; ergibt die juristische Auslegung einen vom gewöhnlichen Sprachgebrauche abweichenden Sinn der Gesetzesworte, so ergibt sie dadurch diesen als den wirklichen Wortsinn, weßhalb der wirkliche Wortsinn des Gesetzes zwar mit seinem vollen Sinne nie identisch ist, aber doch stets mit demselben als ein selbst durch ihn sich bestimmender übereinstimmt. Der wirkliche Sinn eines Gesetzes ist also stets nur e i n e r, und die wirkliche Bedeutung seiner Worte ist stets die seinem wirklichen Sinne gemäße; soweit aber nicht der anderweitig constatirte wirkliche Sinn des Gesetzes eine anderweitige Bedeutung seiner Worte fordert als diejenige, welche vermöge des Sprachgebrauches die nächstliegende ist, soweit ist diese und der ihr entsprechende Sinn des Gesetzes anzunehmen. Wenn man also lehrt, daß im Zweifel beim Wortsinne des Gesetzes stehen zu bleiben sei, so ist damit gemeint, daß im Zweifel derjenige Wortsinn des Gesetzes anzunehmen ist, welcher der gewöhnlichen Bedeutung der Worte entspricht, so daß im Zweifel kein dieser widersprechender Sinn des Gesetzes anzunehmen ist. Hat diese Regel die Bedeutung einer positiven Präsumtion, so gilt dies nicht in gleicher Weise von den Sätzen, daß im Zweifel die vom bisherigen Rechte am wenigsten abweichende, sowie die mildeste Auslegung vorgezogen werden soll; denn diese ergeben sich als einfache Consequenzen davon, daß die Existenz einer Norm nur in soweit angenommen werden darf, als sie sich bestimmt erkennen läßt, weßhalb im Zweifel sowohl im Verhältnisse zum bisherigen durch sie geänderten Rechte als

im Verhältnisse zur individuellen durch sie beschränkten Freiheit der geringere Umfang derselben anzunehmen ist.

Keine Auslegung ist die sog. authentische Interpretation oder dasjenige Gesetz, dessen Inhalt nach seinem Willen als ein bereits in einem früheren Gesetze enthaltenes gelten soll (S. 77 oben).

Ist schon die Auslegung des einzelnen Gesetzes eine solche, welche ihr Ziel nicht ohne Erfassung seiner Stellung im Gesammtzusammenhange des Rechtes erreicht, so ist eine wirkliche Erkenntniß des Rechtes nur möglich im Sinne seiner Erfassung als eines in sich zusammenhängenden, durch Principien beherrschten und systematisch gegliederten Ganzen. Wie aber die einzelne Rechtsnorm kein selbständiges vom Dasein des Ganzen, welchem sie angehört, unabhängiges Dasein hat, so hat das Recht als Ganzes kein eigenes von der Vielheit seiner Normen unabhängiges Dasein. Wie daher ein volles Verständniß jeder einzelnen Norm durch das Eindringen des Erkennenden in den Geist des Ganzen bedingt ist, so ist dieser nicht zu erfassen ohne einen vollständigen Ueberblick über die Vielheit der einzelnen Normen, und gleich der Kenntniß des Einzelnen kann die Erkenntniß des Ganzen stets nur eine annähernde sein. Wie aber die einzelne Norm als ein Glied im Zusammenhange des Ganzen zu erfassen ist und als ein solches eine über ihren unmittelbaren Inhalt weit hinausragende Bedeutung erlangen kann, so befähigt auch der Gesammtzusammenhang des Ganzen zur Ableitung bestimmter, durch keine Rechtsquelle unmittelbar statuirter Normen. Der analogen Ausdehnung der einzelnen Norm oder der sog. Gesetzesanalogie setzt man die Ableitung solcher durch keine Rechtsquelle unmittelbar statuirter Normen entgegen als sog. Rechtsanalogie. Indem durch diese Normen constatirt werden, welche nicht aus bestimmten einzelnen Gesetzen oder Rechtsgewohnheiten, sondern aus dem durch wissenschaftliche Thätigkeit entdeckten Gesammtzusammenhange des Rechtes abgeleitet sind, so betrachtet man vielfach diese Normen als solche, welche durch die Thätigkeit der Wissenschaft entstanden sind, und unterscheidet neben dem Gesetzesrechte und Gewohnheitsrechte, ein wissenschaftliches Recht. Allerdings nun sind diese Normen als solche weder Gesetzesrecht noch Gewohnheitsrecht; indem aber das Ganze des Rechtes das Product der nach und neben einander zur Geltung gelangten Uebungen und Satzungen ist, so beruhen

auf diesen auch die aus dem Zusammenhange jenes Ganzen abgeleiteten Normen. Daß sie aus demselben durch wissenschaftliche Thätigkeit abgeleitet sind, unterscheidet sie nicht principiell von den auf bestimmten Gesetzen oder Gewohnheiten beruhenden Normen; sind jene Normen solche, deren Existenz erst durch wissenschaftliche Thätigkeit aufgedeckt wurde, so gilt das Gleiche auch von dem wirklichen Inhalte der gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Normen als einem erst durch wissenschaftliche Auslegung in seinem wahren Umfange aufgedeckten. In Wirklichkeit hat die Wissenschaft im einen Falle so wenig als im anderen die Bedeutung einer wirklichen Rechtsquelle; ist doch die Auctorität einer solchen die der Wissenschaft abgehende des in ihr sich äußernden Gemeinwillens. Indem dagegen die thatsächliche Geltung und Anwendung des Rechtes durch seine Erkenntniß bedingt ist, so ist die durch wissenschaftliche Thätigkeit gefundene Norm eine durch jene zwar nicht erst entstandene, aber entdeckte, und indem die Rechtserkenntniß wie jede Erkenntniß des Einzelnen eine durchweg durch eigene Thätigkeit aus ihren ursprünglichen Quellen abgeleitete zu sein nicht vermag, sondern großentheils durch die wissenschaftliche Tradition vermittelt wird, so ist allerdings die Auctorität der Wissenschaft auch eine äußere als Auctorität einer thatsächlich herrschenden wissenschaftlichen Tradition oder sog. communis doctorum opinio. Nie ist dagegen die Auctorität der wissenschaftlichen Tradition als solcher eine unbedingte, indem sie zwar die Ueberzeugung des Einzelnen beeinflußt, aber die Bildung einer ihr widersprechenden Ueberzeugung nicht ausschließt.

Dagegen kann der Inhalt einer wissenschaftlichen Tradition als Gewohnheitsrecht die unbedingte Auctorität des Gemeinwillens erlangen vermittelst der constanten und allgemeinen thatsächlichen Befolgung der durch sie gelehrten Normen, sei es unmittelbar durch die Rechtsgenossen, sei es durch die das Recht anwendenden Gerichte. Im letzteren Falle ist der Inhalt der überlieferten Lehre zu einem unabhängig von der Richtigkeit der Ueberlieferung bestehenden Rechte dadurch geworden, daß er durch seine gerichtliche Anwendung zum Inhalte einer constanten Praxis und diese durch ihre in der Unterlassung ihrer Anfechtung sich bethätigende Anerkennung seitens der Rechtsgenossen zum Gewohnheitsrechte geworden ist; sowohl durch die unmittelbare Befolgung der Rechts-

genossen als durch die gerichtliche Anwendung wird aber der Inhalt der Tradition nach allgemeinen Grundsätzen nur dann zum Gewohnheitsrechte, wenn ihre Herrschaft zu einer von ihrer ursprünglichen wissenschaftlichen Begründung unabhängigen geworden ist; so lange sie nur um dieser willen befolgt ist, so ist, sobald dieselbe als hinfällig[1] erkannt ist, der Grund ihrer bisherigen thatsächlichen Herrschaft als ein rechtlich bedeutungsloser erkannt.

**Anmerkung 1.** Bezüglich der Auslegung unterscheiden die römischen Juristen, deren interpretatio aber als Anwendung des Gesetzes auf den einzelnen Fall über die Auslegung hinausgeht, einerseits die verba und andererseits die vis und potestas, voluntas oder sententia legis und verstehen diese im weitesten Sinne (l. 10—30. D. de legib. 1, 3); insbesondere ist ihnen die Unterscheidung der Auslegung der Gesetze einerseits und der analogen Ausdehnung derselben andererseits fremd; die Umgehung eines Gesetzes oder das Handeln in fraudem legis, dessen Gleichstellung mit der Uebertretung des unmittelbaren Gesetzesinhaltes auf der sog. analogen Anwendung des Gesetzes beruht, bezeichnen sie demgemäß als etwas, was salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. Dagegen beruht die bei den Neueren hergebrachte Entgegensetzung der grammatischen und logischen Auslegung auf der Unterscheidung derjenigen Gedanken, als deren mögliche Verkörperung das Wort erscheint, und derjenigen, welche der Redende durch die von ihm gebrauchten Worte verkörpern wollte, so daß danach consequent die Auslegung in der Ermittelung des unmittelbaren Wortsinnes aufgeht in der doppelten Bedeutung des nach allgemeinem Maßstabe sich ergebenden typischen oder objectiven Wortsinnes und des subjectiven oder individuellen Wortsinnes d. h. desjenigen Sinnes, welchen der Urheber der Gesetzesworte mit ihnen verband. Diese Theorie erfuhr keine wesentliche Aenderung durch Savignys (Syst. I. 213 ff.) Unterscheidung eines grammatischen, logischen, historischen und systematischen Momentes der Auslegung, da er z. B. auch die Bedeutung des letzteren darauf zurückführt, daß es dem Gesetzgeber vorgeschwebt habe. Einen wesentlichen Fortschritt begründete Thöl (Einl. i. d. deutsche P.-R. S. 144 ff.), in dem er hervorhebt, daß das Resultat der von ihm der sprachlichen entgegengesetzten rechtswissenschaftlichen Auslegung mit den Gedanken, welche der Urheber des Gesetzes durch seine Worte ausdrücken wollte, sich nicht deckt.

Die neueste Bearbeitung von Kohler (Zeitschr. für Privat- u. öff. R. XIII. S. 1 ff.) betont aufs Energischste „die vollkommene Unrichtigkeit der Meinung, als ob die Rechtsfolgen des Gesetzes sich lediglich nach dem Willen des Gesetzesverfassers bestimmten" und vertritt im Wesentlichen die hier ausgeführte Auffassung, sieht aber trotzdem in der analogen Anwendung des Gesetzes eine nicht auf Auslegung desselben zurückzuführende „Neubildung" und

zwar „auf Grund von Rechtsprincipien, welche allerdings ihrerseits aus dem Gesetze abstrahirt sind: mit der Bildung der Principien ist die Thätigkeit des Interpreten beendet, die Weiterbildung des Rechtes auf Grund dieser Principien ist Gegenstand freier juristischer Thätigkeit". Während man also sonst vermöge des hergebrachten Begriffes der Auslegung die Ableitung eines allgemeineren Princips aus einer specielleren Normirung als eine über die Aufgabe der Auslegung hinausgehende Thätigkeit betrachtet, so sieht Kohler eine solche nicht darin, aber in der Ziehung der Consequenzen des Princips, und doch ist nichts sicherer, als daß die unmittelbaren Consequenzen eines Satzes diesem selbst gegenüber nichts Neues sind.

**Anmerkung** 2. Die Existenz durch die Thätigkeit der Wissenschaft als solche entstandener Rechtsnormen kann nur behauptet werden, wenn entweder der Begriff der Entstehung oder derjenige der Rechtsnorm in einem anderen Sinne verstanden wird als in demjenigen, in welchem durch Gesetze und Rechtsgewohnheiten Rechtsnormen entstehen, d. h. wenn entweder die Entdeckung oder Enthüllung deßhalb, weil das mir nicht Enthüllte für mich nicht existirt, mit der Production identificirt wird, oder die bedingte Autorität wissenschaftlicher Tradition für denjenigen, welcher wissenschaftliche Erkenntniß sich anzueignen oder anzuwenden berufen ist, der unbedingten Auctorität des Gesetzes als gleichartig erachtet wird. Demgemäß sagt Puchta (Pand. §. 16), die durch die Männer der Wissenschaft statuirten Rechtssätze beruhen auf inneren Gründen, und reducirt ihre äußere Auctorität auf eine für sie streitende Vermutung der Wahrheit; er nennt also zwar die Wissenschaft eine Rechtsquelle, führt aber selbst aus, daß ihr die Auctorität des Gesetzes und der Rechtsgewohnheit nicht zukommt. Und Thöl (Einl. in das deutsche P.R. §. 55 ff.) sagt zwar, die Wissenschaft erzeuge Recht; er sieht aber eine solche Rechtserzeugung schon in der rechtswissenschaftlichen Auslegung eines Gesetzes und gibt damit zu, daß die wissenschaftliche Rechtserzeugung mit der wissenschaftlichen Rechtserkenntniß identisch ist; da es jener Auslegung stets bedarf, um den wirklichen rechtlichen Inhalt eines Gesetzes oder einer Gewohnheit festzustellen, so müßte er consequenter Weise überhaupt nicht durch Gesetz und Gewohnheit, sondern erst durch die ihren Inhalt feststellende Wissenschaft Rechtsnormen entstehen lassen.

## 2. Die Kritik und Auslegung des Corpus Juris insbesondere.

### a) Die Kritik des Corpus Juris.

### § 9.

Indem der Wortlaut der Justinianischen Gesetzgebung uns nicht authentisch überliefert ist, so ist ihr gegenüber von besonderer

Bedeutung die Aufgabe der philologischen Textkritik. Die Grundsätze, nach welchen diese zu verfahren hat, festzustellen, ist keine Aufgabe der Rechtswissenschaft; hervorzuheben sind dagegen hier die für die Feststellung des Textes der Justinianischen Gesetzgebung bestehenden besonderen Grundlagen und Hilfsmittel.

Die handschriftliche Ueberlieferung der Justinianischen Gesetzgebung ist durchweg eine solche ihrer einzelnen Stücke, der Institutionen, der Pandekten, des Codex und der Novellen, und zwar reichen die meisten auf uns gekommenen Handschriften dieser Stücke nicht über die Zeit der Glossatoren zurück, weßhalb den wenigen älteren Handschriften eine besondere Bedeutung zukommt. Ebenso sind die meisten Handschriften der einzelnen Stücke weit entfernt davon dieselben vollständig wiederzugeben. Sowohl bezüglich dieser beiden Rücksichten des Alters und der Vollständigkeit als auch in Ansehung der Correctheit gebührt der erste Platz der weltberühmten Florentiner Handschrift der Pandekten. Bis 1406 hatte sich dieselbe in Pisa befunden und ihr Text wird von den Glossatoren als littera s. lectio Pisana oder Florentina der bei ihnen gangbaren littera communis, vulgata oder Bononiensis entgegengesetzt. Indem nun die zahlreichen (ungefähr 500) übrigen Pandektenhandschriften mit Ausnahme zweier in Neapel und Pommersfelden befindlicher Bruchstücke, sowie eines größeren und jüngeren in Berlin, aus der Zeit der Glossatoren stammen, so erhebt sich die Frage, ob ihnen neben der ungleich vorzüglicheren, vollständigeren (nur eines Blattes und zwar erst seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts beraubten und nur 3 Lücken, sowie nur wenige zerstörte oder unleserliche Worte aufweisenden) und vor allem der Zeit der Abfassung der Pandekten weit näher stehenden, noch aus dem 6. oder aus dem Anfange des 7. Jahrhunderts nach Christo stammenden Florentiner Handschrift irgend welche Bedeutung zukomme. Diese Frage wäre schlechthin zu verneinen, falls die jüngeren Handschriften ausschließlich von jener, sei es unmittelbar oder mittelbar, abstammen würden. Während nun für diese Annahme verschiedene allen Handschriften gemeinsame und augenscheinlich aus der florentinischen stammende Verstöße sprechen, wie namentlich eine in dieser durch Verheftung entstandene Störung der Reihenfolge; so haben andererseits im Gegensatze zu ihr die jüngeren Handschriften manche Lesarten ge-

meinsam, welche theilweise ihrem Texte entschieden vorzuziehen sind und daher auf eine von ihr unabhängige Quelle zurückweisen. Deßhalb ist anzunehmen, daß zwar die florentinische Handschrift ihre Hauptquelle ist, daß aber daneben ein in engen Grenzen sich bewegender Einfluß einer anderen Quelle auf die Gestaltung ihres Textes stattgefunden hat; Mommsen vermutet, daß die jüngeren Handschriften zwar von einer Abschrift der florentinischen abstammen, daß dagegen die Correctur jener Abschrift theilweise auf Grund einer anderen Handschrift stattgefunden habe. Neben und nach der Florentiner Handschrift sind für die Kritik des Digestentextes von besonderem Werte die byzantinischen Bearbeitungen des Justinianischen Rechtes, insbesondere die Basiliken [1]).

Auf Grund der Florentiner Handschrift sind die Digesten zuerst 1553 durch die Brüder Torelli, zuletzt (1870) und weitaus am besten durch Theodor Mommsen herausgegeben worden.

Vom Codex existirt zwar eine der florentinischen Pandektenhandschrift gleichzeitige Veroneser Handschrift, welche aber jener weder an Vollständigkeit, noch an Correctheit gleicht. Während die Veroneser Handschrift den ganzen Codex umfaßt hatte, so umfassen alle anderen nur entweder die 9 ersten oder die 3 letzten Bücher desselben. Von jenen sind Quellen der übrigen der Glossatorenzeit angehörenden die mit einigen Ausnahmen auf die Wiedergabe eines Auszuges sich beschränkenden 3 Handschriften zu Pistoja, Paris und Darmstadt aus dem 9.—11. Jahrhundert; doch weisen einzelne Verbesserungen und Ergänzungen der jüngeren Handschriften auf eine ältere Quelle zurück. Die Handschriften der 3 letzten Bücher reichen nicht über das Ende des 12. Jahrhunderts zurück, während andere noch von Cujacius benützte verloren sind. Alle Handschriften leiden theils an zufälligen theils an absichtlichen Lücken, zu deren Ergänzung neben der anderweitigen Ueberlieferung der in Justinians Codex aufgenommenen Stücke die byzantinischen Bearbeitungen des Justinianischen Rechtes dienen. Verstümmelt sind durchweg die Inscriptionen und die in den jüngeren Handschriften fast ganz fehlenden Subscriptionen; sie lassen sich größtentheils aus dem Codex Theodosianus ergänzen;

[1]) Dieselben (τὰ Βασιλικά) sind eine Compilation aus dem Ende des 9. Jahrhunderts in 60 Büchern. Neueste Ausg. von Heimbach in 6 Bänden. 1833—70.

andere Ergänzungen aus nun verlorenen Quellen verdanken wir namentlich Haloander, welcher 1536 zuerst den Codex ganz herausgegeben hat. Die griechischen Constitutionen lassen die Handschriften mit theilweiser Ausnahme der Veroneser ganz weg. Die aus anderen Quellen in die Ausgaben aufgenommenen Stücke sind die sog. leges restitutae des Codex. Die beste Ausgabe desselben ist diejenige Krügers 1873—1877.

Am zahlreichsten sind die nur durch ein kleines Veroneser Bruchstück in die Zeit der ältesten Handschrift der Pandekten und des Codex zurückreichenden Institutionen; der ältesten in Bamberg befindlichen vollständigen Handschrift aus dem 9. Jahrhundert steht eine zweite in Paris zur Seite. Außer den Handschriften kommen für die Textkritik der Institutionen namentlich in Betracht die bei ihrer Abfassung benützten Schriften, wie namentlich die in weitem Umfange durch sie wörtlich wiedergegebenen Institutionen des Gaius, sowie die dem an der Abfassung der Institutionen betheiligten Rechtslehrer Theophilus zugeschriebene Paraphrase derselben [2]). Unter den Ausgaben der Institutionen ist die beste die Krügers (1867), während diejenige Schraders 1833 von besonderem Werte durch den ihr beigegebenen Commentar ist.

Am verwickeltsten ist die Frage des richtigen Textes bezüglich der Novellen, weil wir von ihnen zwei Sammlungen von verschiedenem Umfange und verschiedener Anordnung in verschiedenen Sprachen besitzen, eine lateinische und eine vollständigere griechische. Während aber die meisten Novellen in griechischer Sprache erlassen waren, so sind die Novellen der uns vorliegenden griechischen Sammlung nicht die Originale der in der lateinischen enthaltenen Uebersetzungen. Die Glossatoren besaßen nur diese, welche sie wahrscheinlich im Gegensatze zu dem bisher allein benützten Novellenauszug Julians (der epitome Juliani) Authenticum nannten; ihre bedeutendste Handschrift aus dem 13. Jahrhundert befindet sich in Wien. Von der griechischen Sammlung existiren außer einer Mailänder 17 kirchenrechtliche Novellen umfassenden Handschrift nur 2 Handschriften in Florenz und Venedig. Herausgegeben wurde die griechische Sammlung

---

[2]) Die neueste Ausgabe derselben ist von Ferrini 1885 ff., welcher das Werk dem Theophilus mit Bestimmtheit abspricht.

zuerst aus einer Abschrift der Florentiner Handschrift von Haloander 1531, dann besser und vollständiger aus einer Abschrift der anderen Handschrift von Scrimger 1558. In der durch Cujacius aus dem index reginae, einem im Besitze der Königin Christine von Schweden befindlichen Verzeichnisse, hergestellten Ordnung edirte die Novellen erstmals Contius. Neuerdings hat das Authenticum auf Grund der Handschriften Heimbach herausgegeben, 1846—51, sodann die griechische Sammlung auf Grund der Venetianer Handschrift und in berichtigter chronologischer Anordnung Zachariä von Lingenthal 1881. Noch unvollendet ist die auf die Handschriften und die byzantinischen Bearbeitungen erbaute Ausgabe von Schöll, welche den Novellen der griechischen Sammlung in ihrer hergebrachten Reihenfolge die entsprechenden Stücke des Authenticum gegenüberstellt und die seit Haloander den Ausgaben beigefügte lateinische Uebersetzung der griechischen Novellen durch Hombergk von Vach umgearbeitet darunter setzt.

Die Gesammtausgaben des Corpus juris civilis, welche Bezeichnung sich seit der Mitte des 16. Jahrhunderts einbürgerte, waren ursprünglich durchweg mit der accursischen Glosse versehen. Die glossirten Ausgaben zerfallen zumeist in 5 Bände nach folgender Eintheilung:

I. Digestum vetus. D. 1—24, 2.
II. Infortiatum. D. 24, 3—38.
III. Digestum novum. D. 39—50.
IV. Codex d. h. die 9 ersten Bücher desselben.
V. Volumen sc. parvum. Dieser Sammelband umfaßt

1) die Institutionen oder Instituta,

2) die Novellen oder das Authenticum in 9 Collationes nebst einem Nachtrage (dem liber extraordinarius) von 3 Collationes,

3) die libri Feudorum; endlich

4) tres libri oder die drei letzten Bücher des Codex.

Die Dreitheilung der Digesten hängt zusammen mit Justinians Studienordnung, da das durch die wenigsten Handschriften überlieferte Digestum novum nur solche Bücher enthält, welche Justinian nicht zu Gegenständen des Rechtsunterrichtes erklärt hatte[3]). Die meisten Handschriften enthalten nur das Digestum vetus.

[3]) v. Scheurl in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 12. S. 143 ff.

Unter den unglossirten Gesammtausgaben sind hervorzuheben

1) diejenige von Haloander als die erste, welche in freilich vielfach willkürlicher Weise den Text der Justinianischen Gesetzgebung unabhängig von der Ueberlieferung der Glossatoren herzustellen strebte, sodann

2) die zahlreichen Ausgaben von Dionysius Gothofredus, welche durch ihre in reicher Fülle auf andere Stellen verweisenden Noten noch heute von Nutzen sind.

3) Die neueste vollendete Gesammtausgabe ist bis jetzt noch diejenige der Brüder Kriegel, in welcher Herrmann den Codex und Osenbrüggen die Novellen bearbeitet hat.

4) Die jüngste und weitaus beste Gesammtausgabe ist diejenige von Mommsen, in welcher Krüger die Institutionen und den Codex edirt hat und Schöll die Novellen edirt.

**Anmerkung.** Die Kritik des Textes der Justinianischen Quellen behandelt auf Grund ihres neuesten Standes Brinz, Pand. 3. Aufl. S. 11—59. Für die Kritik der Digesten und des Codex sind von der größten Bedeutung Mommsens und Krügers Einleitungen zu ihren großen Ausgaben, sowie Krüger, Kritik des Just. Codex, 1867; für die Novellen Biener, Gesch. der Novellen, 1824.

### b) Die Auslegung des Corpus Juris.

### § 10.

Für die Auslegung der Justinianischen Gesetzgebung kommen als Besonderheiten in Betracht das gegenseitige Verhältniß der Bestandtheile, in welche sie zerfällt, die besondere Zusammensetzung der einzelnen Bestandtheile selbst und ihr besonderer Zweck. Keinerlei Schwierigkeit ergeben in diesen sämmtlichen Beziehungen die Novellen. Sie bilden eine Reihe einzelner, der übrigen Gesetzgebung Justinians nachfolgender Gesetze, deren Zweck darin aufgeht, in den Bestand des bisherigen Rechtes ändernd einzugreifen. Indem sie nichts anderes als Gesetze, und indem sie durchweg neue Gesetze und Einzelgesetze sind, so bestimmt sich der unmittelbare und mittelbare Inhalt jeder einzelnen Novelle sowie sein Verhältniß zum Inhalte der anderen Stücke oder älterer Novellen einerseits und jüngerer Novellen andererseits durchweg nach den für den Inhalt eines Gesetzes und das Verhältniß seiner Geltung zur Geltung älterer und jüngerer Gesetze bestehenden

Grundsätzen. Was dagegen den Inhalt und das gegenseitige Verhältniß der übrigen Stücke betrifft, so sind sie integrirende aber verschiedenartige Theile eines und desselben Ganzen, so daß nicht der Inhalt des einen Stückes an sich demjenigen des anderen vorgeht. In Bezug auf das Verhältniß der Institutionen und der Digesten oder Pandekten, welche an demselben Tage (30. December 533) in Kraft getreten sind, ist dies unbestreitbar; dagegen ist es bestritten, ob nicht der Inhalt des Codex dem Inhalte jener Stücke schlechthin vorgehe. Mit seiner Ausarbeitung und Publication war nämlich der Anfang gemacht worden; derselbe wurde dann aber mit Rücksicht auf die inzwischen publicirten Digesten umgearbeitet, und sowohl durch nachgetragene ältere als insbesondere durch neuere theils der Publication der Digesten vorausgegangene theils nach dieser erlassene Verordnungen vermehrt.

Wie nun der Codex in seiner ersten Gestalt im Verhältnisse zu den Digesten und Institutionen an sich das ältere Gesetz war, so war der revidirte Codex, welcher am 29. December 534 in Kraft trat, an sich im Verhältnisse zu jenen das jüngere Gesetz; Justinian hatte aber verordnet, daß trotz jenes Zeitverhältnisses die Institutionen und Pandekten nicht als spätere, dem älteren Codex vorgehende Gesetze, sondern mit ihm zusammen als Theile desselben Ganzen gelten sollten; indem er nun diese Verordnung (als l. 2 C. de vet. jur. enucl. 1, 2) in den revidirten Codex aufnahm, so hat er damit verordnet, daß dieser schlechthin an die Stelle des ersten Codex treten und trotz des umgekehrten Zeitverhältnisses in demselben Verhältnisse wie jener zu den Institutionen und Pandekten stehen solle. Ohne Zweifel war der Inhalt des revidirten Codex zum größten Theile mit demjenigen seiner ersten Ausgabe, welche wir nicht besitzen, identisch, und keinenfalls sollte diesem durch die spätere Publication eine höhere Geltung als seine bisherige zuerkannt werden. Soweit sodann die zweite Ausgabe des Codex ältere, bei seiner ersten Zusammenstellung übersehene Verordnungen nachtrug, so konnte die Absicht dieses Nachtrages auch nur diejenige sein, die dem ursprünglichen Inhalte des Codex zukommende Geltung auf jene Nachträge auszudehnen. Diejenigen Verordnungen ferner, deren Erlaß zwar dem ersten Codex nachfolgte, aber den Digesten vorausging, sollten

gleichfalls durch ihre Einverleibung in den revidirten Codex nicht eine andere als ihre ursprüngliche Bedeutung erlangen; wie sie vielmehr im Zusammenhange mit der bevorstehenden Publication der Pandekten zu ihrer Vorbereitung erlassen waren, so kommt ihrem Inhalte die gleiche Zusammengehörigkeit mit dem Inhalte der Pandekten zu durch ihre Angehörigkeit zu dem mit diesen und den Institutionen als Theil desselben Ganzen vereinigten Codex. Nur für die wenigen Verordnungen des revidirten Codex, welche erst nach Abschluß der Digesten neu entstanden sind, besteht in ihrer Eigenschaft als der neuesten Kundgebungen des unmittelbaren Willens Justinians ein Vorrang, wie vor dem Inhalte der älteren Verordnungen, so vor demjenigen der Institutionen und Pandekten. Dieser Vorrang bestimmter Stücke des Codex ist also nicht ein Vorrang des Codex als solchem.

An sich stehen daher Institutionen, Pandekten und Codex einander gleich; im einzelnen Falle kann sich aber die vorwiegende Bedeutung des einen oder des anderen Stückes aus ihrem verschiedenen Charakter ergeben. Dieser ist in Ansehung der Zusammensetzung bei Digesten und Codex derjenige der Aneinanderreihung von gegebenen aber vielfach durch Interpolation veränderten Aussprüchen römischer Juristen einerseits und kaiserlichen Verordnungen andererseits; während daher die Pandektenstellen durchweg und diejenigen des Codex mit Ausnahme der erst von Justinian erlassenen Verordnungen als fremde Aussprüche, welche Justinian sich angeeignet hat, uns entgegentreten, so treten die Institutionen schlechthin als Justinians eigene Schöpfung auf. In Ansehung des Inhaltes herrscht in den Institutionen die Generalisirung und im Codex die Specialnormirung, während die Digesten die eine mit der anderen vereinigen. In Ansehung des Zweckes endlich wiegt in den Institutionen die Rücksicht auf die Schule und im Codex die auf die Praxis vor, während den Digesten für beide die gleiche Bedeutung zukommt.

Die Institutionen sind einerseits dasjenige Stück von Justinians Werk, dessen eigentlicher Zweck nicht die Beherrschung der Rechtsanwendung, sondern diejenige des Rechtsunterrichtes ist, und zwar des elementaren Rechtsunterrichtes, so daß es nur eine übersichtliche und ungefähre Kenntniß des Rechtes ist, welche aus ihnen geschöpft werden kann und soll. Andererseits sind gerade

die Institutionen derjenige Theil des Werkes, welcher uns nicht als Zusammenfügung verschiedener, mit dem Stempel ihrer früheren Erzeuger versehener Stoffe, sondern durchweg als eigenes Erzeugniß Justinians entgegentritt. Während aber im übrigen auch die Institutionen auf älteren Vorlagen beruhen und dieselben theilweise wörtlich wiedergeben, so enthalten sie zugleich einzelne Aussprüche, welche als justinianische Fixirungen bisher unentschiedener Punkte auftreten. Während also einerseits die Eigenschaft der Institutionen als eines Elementarbuches ihren Inhalt als einen solchen erkennen läßt, welcher durch denjenigen der anderen Stücke seine nähere Bestimmung, Ergänzung und Beschränkung findet, so ist andererseits gerade ihre Auctorität die entscheidende in solchen Punkten, in welchen Justinian durch dieselben den verschiedenen Meinungen der Aelteren gegenüber das letzte Wort spricht.

Während aus diesen Gründen der Inhalt der Institutionen demjenigen der Digesten bald nachsteht bald vorgeht, so besteht aus anderen Gründen zwischen dem verschiedenen Inhalte der Digesten und des Codex das doppelte Verhältniß der Beschränkung und Ergänzung in der Weise, daß der Inhalt des Codex stets der Ergänzung durch denjenigen der Digesten bedarf, welcher seinerseits durch den Inhalt des Codex vielfache Beschränkungen erfährt; denn die Pandekten sind es, welche den Grundbau des Rechtes enthalten, an welchen der Inhalt des Codex als ein von ihm getragener und ihn modificirender sich anschließt.

Innerhalb des Codex und der Digesten stehen an sich die verschiedenen Aussprüche, durch deren Zusammenfügung sie gebildet sind, einander gleich, da sie durch ihre Einverleibung in jene Gesetze in gleicher Weise zu Theilen derselben erhoben sind. Trotzdem geht jedoch innerhalb des Codex in der Regel der Inhalt der jüngeren Verordnung im Falle des Widerspruches demjenigen der älteren vor. Daß unter seinen eigenen successiv erlassenen Verordnungen die ältere lediglich in einem durch die jüngere zugelassenen Sinne zu verstehen sei, ist ebenso sehr als Justinians Absicht anzunehmen, als daß die durch Aneignung einer fremden Verordnung vollzogene Adoption eines fremden Willens ihre Grenze finde am unmittelbaren, durch eigene Verordnung kundgegebenen Inhalte des eigenen Willens. Derselbe Vorzug der jüngeren Verordnung gilt aber von den denselben Gegenstand be-

handelnden und innerhalb desselben Titels aneinander gereihten Verordnungen früherer Kaiser; die Bedeutung dieses Zeitverhältnisses für die Auslegung als eines solchen, vermöge dessen die ältere Verordnung in der jüngeren ihre Ergänzung oder Beschränkung erfährt, findet ihren Ausdruck in der von Justinian verfügten chronologischen Aneinanderreihung der zu demselben Titel vereinigten Verordnungen. Dagegen besteht eine solche Bedeutung des Zeitverhältnisses und der Reihenfolge nicht zwischen den verschiedenen Aussprüchen der Pandekten. Während die Angehörigkeit eines Ausspruches zu einem bestimmten Titel eine gewisse, jedoch keineswegs schlechthin entscheidende Bedeutung deßhalb hat, weil seine Aufnahme in den der betreffenden Materie gewidmeten Titel ihn im Gegensatze zu anderen dieselbe Frage in anderem Zusammenhange behandelnden Aussprüchen zu einem dieselbe ex professo behandelnden stempelt; so ist dagegen die Stellung des einzelnen Ausspruchs innerhalb des Titels nur insofern von Bedeutung, als er dadurch in einen bestimmten sprachlichen oder sachlichen Zusammenhang mit vorhergehenden oder nachfolgenden Aussprüchen gebracht ist.

Während nun den Institutionen ganz vorwiegend der Charakter eines Lehrbuches und dem Codex als einer Sammlung von Verordnungen ganz vorwiegend der Charakter des Gesetzes zukommt, so haben die Pandekten in gleich hervortretender Weise den doppelten Charakter des Gesetzes und seiner wissenschaftlichen Erläuterung. Indem es durchweg Aussprüche der zur Erkenntniß des Rechtes berufenen Juristen [1]) sind, aus welchen die Digesten bestehen, so ist deren ursprüngliche Bedeutung nicht die von Gesetzen, während das durch ihre Zusammenfügung gebildete Ganze durch Justinian zum Range eines Gesetzes erhoben ist; wir haben es also zu thun mit Sätzen, welche aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange als Stücke juristischer, die Normen des Rechtes constatirender, auslegender und anwendender Ausführungen losgerissen und durch ihre Einverleibung in ein neues, zum Gesetze

---

[1]) Daß die in die Pandekten aufgenommenen Aussprüche der Juristen positivrechtliche Satzungen gewesen wären, ist eine unrichtige aus der gerichtlichen Auctorität der responsa prudentium nicht folgende Behauptung; zu solchen hat erst das von Justinian außer Kraft gesetzte Citirgesetz Valentinians III. die Ausführungen der juristischen Literatur gestempelt.

erhobenes Ganzes zu Stücken eines Gesetzes erklärt sind. Die in den Digesten ausgesprochenen Rechtssätze sind damit zu Sätzen des Justinianischen Rechtes erklärt, und zwar in derjenigen von ihrer ursprünglichen Bedeutung vielfach abweichenden Bedeutung, welche ihnen im Lichte des Zusammenhanges der Justinianischen Digesten und des Zusammenhanges dieser mit den Institutionen und dem Codex zukommt. Dadurch hat aber nicht etwa jeder einzelne Ausspruch der Digesten die Bedeutung einer schlechthin bindenden positiv rechtlichen Satzung erlangt; soweit er vielmehr im eigenen Zusammenhange der Justinianischen Gesetzgebung uns als Folgerung aus anderweitig gegebenen Normen oder als Anwendung solcher auf bestimmte Fälle entgegentritt, insoweit hat er auch nur die Bedeutung einer solchen, für welche zwar die Aufnahme in das Rechtsbuch die Vermutung der Richtigkeit begründet, welche aber durch die Erkenntniß ihrer Unrichtigkeit ihre Auctorität verliert. Soweit vollends ein Ausspruch eine bloße das Gebiet ihrer Geltung überhaupt nicht bestimmende und daher je nach Verschiedenheit der Fälle bald zutreffende bald nicht zutreffende regula enthält, insoweit hat er überhaupt keine selbständige Bedeutung [2]).

**Anmerkung.** Nach einer verbreiteten Meinung hat Justinian in L. 12. C. de leg. 1, 14 die Auslegung seiner Gesetzgebung sich selbst vorbehalten. Was er aber in Wirklichkeit verordnet hat, das ist nur der Ausschluß jeder einer kaiserlichen Verfügung widersprechenden Auslegung, welcher seinen Grund hat in der gesetzgebenden Gewalt des Kaisers, sowie die in der richterlichen Gewalt des Kaisers wurzelnde Berechtigung und Verpflichtung seiner Beamten, in solchen Fällen, in welchen sie einer Frage der Auslegung sich nicht gewachsen fühlen, seine Entscheidung anzurufen. Justinian hat damit nur eine selbstverständliche Consequenz seiner staatsrechtlichen Stellung als unbeschränkter Gesetzgeber und höchster Richter gezogen; die wissenschaftliche Thätigkeit der Auslegung der Gesetze hat er damit nicht für sich in Anspruch genommen, da die kaiserliche interpretatio nicht Auslegung eines Gesetzes, sondern selbst ein Gesetz ist. Von einem Ausschlusse derjenigen Auslegung, welche allein diesen Namen verdient, ist in jener Verordnung keine Rede; vielmehr schreibt sie ausdrücklich die Anrufung des Kaisers nur demjenigen Richter vor, welcher sich der Entscheidung nicht gewachsen fühlt,

---

[2]) Von solchen regulae gilt das Wort des Paulus, daß non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat und daß sie, cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum (l. 1 D. de R. J. 50, 17).

wie ja auch die Digesten zahlreiche Auslegungsregeln enthalten und die Aufgabe der juristischen Auslegung speciell dem Codex gegenüber ausdrücklich hervorgehoben ist in L. 2 § 15 C. de vet. iur. en. 1, 17. Um so weniger kann § 21 derselben Verordnung als Verbot jeder Auslegung angesehen werden; die durch denselben verbotenen interpretationes sind litterarische Bearbeitungen, deren Verbot übrigens zweifellos nicht recipirt ist.

## IV. Verschiedenheiten der Rechtsnormen.

### 1. Der verschiedene Inhalt der Rechtsnormen.

### § 11.

Als Ausdruck des allgemeinen, jeden Einzelnen verpflichtenden Willens sind die Rechtssätze Gebote, welche bestimmte Personen zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen verpflichten. Indem aber die Gebote des Privatrechtes um bestimmter zur Forderung ihrer Befolgung berechtigter Personen willen bestehen, so existiren die privatrechtlichen Verpflichtungen um der ihnen gegenüberstehenden Berechtigungen willen und sind daher die Privatrechtssätze in erster Linie berechtigende. Nach der Verschiedenheit der eingeräumten Berechtigung sind aber die berechtigenden Bestimmungen theils gebietende, theils verbietende, theils erlaubende, indem sie andere theils zu bestimmten Handlungen, theils zu bestimmten Unterlassungen, theils zur Duldung bestimmter Handlungen des Berechtigten verpflichten. Die erlaubenden Rechtssätze sind als solche zugleich verbietende, gehen aber über ein bloßes Verbot dadurch hinaus, daß sie den Berechtigten zu einem bestimmten, ohne besondere Erlaubniß ihm nicht zustehenden Verhalten befugen. Mit Unrecht bezeichnet man die erlaubenden Rechtssätze als lediglich verneinende; mehr als bloße Negation eines Verbotes ist die positive Erlaubniß schon deßhalb, weil sie anderen die Hinderung der erlaubten Handlung verbietet; während aber der lediglich verbietende Rechtssatz die durch ihn gebotene Unterlassung als solche bezweckt, so gebietet der erlaubende eine solche lediglich deßhalb, weil die Vollziehung der dem Berechtigten erlaubten Handlung durch fremde Unterlassung bedingt ist. Während der gebietende Rechtssatz bestimmte Handlungen durchsetzen und der verbietende bestimmte Handlungen ausschließen will, so will der erlaubende Rechtssatz bestimmte

Handlungen ermöglichen und darum die ihre Vollziehung hindernden Handlungen ausschließen. Die Verpflichtungen, welche ein erlaubender Rechtssatz begründet, sind im Gegensatze zu den durch einen gebietenden Rechtssatz erzeugten Verpflichtungen einerseits lediglich negativen Inhaltes, andererseits nicht Verpflichtungen bestimmter einzelner Personen. Indem der gebietende Privatrechtssatz in einem um bestimmter Berechtigter willen an bestimmte Verpflichtete gerichteten Gebote aufgeht, deckt sich die durch denselben begründete Berechtigung mit der durch denselben begründeten Verpflichtung, während der durch einen erlaubenden Rechtssatz begründeten Berechtigung eine Reihe mit ihr sich nicht deckender Verpflichtungen gegenübersteht. Der verbietende Rechtssatz begründet einerseits gleich dem erlaubenden nur Verpflichtungen negativen Inhaltes und andererseits gleich dem gebietenden eine Berechtigung, deren Inhalt mit demjenigen der ihr gegenüberstehenden Verpflichtungen sich deckt; während der gebietende Rechtssatz immer und der erlaubende nie bestimmte einzelne Personen verpflichtet, so daß dem bestimmten Berechtigten dort stets und hier nie ein bestimmter Verpflichteter gegenübersteht: so können den durch verbietende Rechtssätze begründeten Berechtigungen je nach dem Umfange des Verbotes Verpflichtungen bestimmter einzelner oder beliebiger dritter Personen entsprechen.

In Bezug auf jede Berechtigung erhebt sich aber die doppelte Frage nach den Bedingungen ihrer Existenz und nach ihrem Inhalte, und ein Rechtssatz kann sich darauf beschränken, die Existenzbedingungen einer Berechtigung, deren Inhalt er als gegeben voraussetzt, oder den Inhalt einer Berechtigung, deren Existenzbedingungen er als gegeben voraussetzt, zu normiren, und ebenso kann ein Rechtssatz sich darauf beschränken, die Existenzbedingungen oder den Inhalt einer Berechtigung an einem bestimmten einzelnen Punkte zu normiren. Die Rechtssätze dieser Art sind nicht solche, welche neben den gebietenden, verbietenden und erlaubenden existiren, sondern solche, welche bestehende Gebote entweder näher bestimmen oder ändern und zwar entweder in Ansehung ihrer Bedingungen oder in Ansehung ihres Inhaltes. In Ansehung des letzteren sind jene Rechtssätze entweder ausdehnende oder einschränkende; in Ansehung der Existenzbedingungen bestimmen sie entweder die Entstehung oder die Endigung der frag-

lichen Berechtigung. Jedes privatrechtliche Gebot läßt sich daher auflösen in die doppelte Bestimmung seines Inhaltes einerseits, der Bedingungen seiner Geltung andererseits, und die letzteren sind wieder von zweifacher Natur, indem jede Berechtigung durch bestimmte Thatsachen entsteht und durch bestimmte andere Thatsachen erlischt, so daß das sie begründende Gebot durch bestimmte Thatsachen in Kraft tritt und durch bestimmte andere Thatsachen wieder außer Kraft tritt. Jede vollständige Normirung einer Berechtigung ist daher Normirung ihrer Entstehung, ihres Inhaltes und ihrer Aufhebung; unterschieden wir daher einen dreifachen Inhalt der privatrechtlichen Gebote, so bestimmt sich der Umfang jedes einzelnen Gebotes durch die dreifache Bestimmung der seine Geltung begründenden Thatsachen, seines Inhaltes und der seine Aufhebung begründenden Thatsachen. Während ein für sich bestehendes Gebot oder die vollständige Normirung eines Rechtsverhältnisses jene drei Punkte umfaßt, so sind im Gegensatze zu den vollständigen oder für sich bestehenden diejenigen Normen unvollständige, welche bestehende Normen in Ansehung ihres Inhaltes oder ihrer Existenzbedingungen näher bestimmen oder ändern.

Verneinende Rechtssätze sind diejenigen, deren Inhalt in einer Negation aufgeht; der verneinende Rechtssatz ist daher nicht selbst eine Norm, sondern lediglich die Verneinung einer solchen; er enthält entweder eine Aufhebung einer Norm, oder eine negative Bestimmung des Umfanges eines solchen, ist also gleich der unvollständigen Normirung entweder eine Aenderung oder eine nähere Bestimmung bestehender Normen. Dies gilt durchweg von demjenigen Satze, welcher eine bestimmte unvollständige Norm verneint, indem er verneint, daß eine bestimmte Berechtigung durch bestimmte Thatsachen bedingt sei, durch bestimmte Thatsachen erlösche, oder einen bestimmten Inhalt habe. Dagegen bezieht sich die Verneinung einer vollständigen Norm, oder der Satz, daß mit einer bestimmten Thatsache eine bestimmte Berechtigung sich nicht verbindet, nicht notwendig auf eine bestimmte, durch ihn aufgehobene oder begrenzte Norm; vielfach begrenzt er vielmehr den Gesammtumfang der bestehenden Normen und damit den Umfang jeder Norm, welcher man versucht sein könnte, einen durch den verneinenden Rechtssatz ausgeschlossenen Inhalt zuzuschreiben. So begrenzt z. B. der

verneinende Rechtssatz von der Ungiltigkeit der gegen die guten Sitten verstoßenden Geschäfte den Umfang jeder einzelnen mit einer bestimmten Geschäftshandlung eine bestimmte Wirkung verbindenden Norm. Wie also die Gebote des Rechtes theils positiv gebieten, theils erlauben, theils bloß verbieten, und ihre nähere Bestimmung eine Bestimmung theils der ihre Geltung begründenden Thatsachen, theils ihres Inhaltes, theils der ihre Geltung aufhebenden Thatsachen ist, so sind die Rechtssätze überhaupt theils vollständige Normen, theils unvollständige Normen, theils bloße Verneinungen von Normen.

**Anmerkung.** Die Eintheilung der berechtigenden Rechtssätze in gebietende, verbietende und erlaubende hat zuerst Thöl (Einl. in das deutsche Privatrecht § 33 ff.) aufgestellt. Sie entspricht dem Ausspruche Modestins (L. 7 D. legib.): legis virtus haec est imperare vetare permittere punire; denn diejenigen Rechtssätze, welche eine Bestrafung anordnen, gehören zu den gebietenden. Den berechtigenden Rechtssätzen setzt Thöl entgegen die begriffsentwickelnden und die verneinenden. Die begriffsentwickelnden bezeichnet er näher als solche, welche entweder den Thatbestand oder das Recht, auf welches berechtigende Rechtssätze deuten, entwickeln. Diese Bezeichnung ist aber unvollständig, weil sie diejenigen Rechtssätze, welche das Erlöschen einer Berechtigung normiren, nicht in sich begreift. Sie ist aber außerdem incorrect, weil die Begriffsentwickelung als solche keine Aufgabe der Rechtsnormen ist, und weil durch solche Rechtsnormen, welche den Thatbestand oder Inhalt einer Berechtigung in Abweichung vom bisherigen Rechte bestimmen, die betreffenden Begriffe nicht sowohl entwickelt als verändert werden. Bezüglich der verneinenden Rechtssätze unterscheidet Thöl absolut und relativ verneinende, während in Wirklichkeit jede Verneinung eine relative, eine bestimmte rechtliche Bedeutung bestimmter Thatsachen verneinende ist; zugleich verkennt er, daß die verneinenden Rechtssätze nicht nur Verneinungen vollständiger, sondern auch Verneinungen unvollständiger Normen sein können.

## 2. Die verschiedene Geltung der Rechtsnormen.

### § 12.

Als solche, welche gegenüber bestimmten durch sie berechtigten Personen verpflichten, sind die Privatrechtsnormen nie schlechthin verpflichtende; was sie gebieten, fordern sie nur als ein durch den eigenen Willen des Berechtigten gefordertes, und was sie verbieten, verbieten sie nur als ein nicht durch den eigenen Willen des Berechtigten gestattetes. Wie z. B. eine Beschränkung

in der freien Benützung der eigenen Sache überhaupt keine privatrechtliche ist, falls nur der Obrigkeit und nicht einem bestimmten Berechtigten die Forderung ihrer Einhaltung zusteht, so ist sie nicht nur eine privatrechtliche, falls die Verpflichtung ihrer Einhaltung unabhängig vom Willen eines bestimmten Berechtigten besteht. Wie aber die Privatrechtsnormen stets nur in Ermangelung einer entgegengesetzten Gestattung des Berechtigten verpflichten — ob diese Gestattung als unwiderrufliche möglich ist, ist wieder eine Frage für sich, weßhalb der Satz, daß die Privatrechte durch Verzicht erlöschen, in dieser Allgemeinheit unrichtig ist —, so gibt es auch Privatrechtsnormen, welche überhaupt nur in Ermangelung entgegengesetzter privater Normirung der betreffenden Verhältnisse gelten. Indem nämlich das Recht die Normirung der Privatrechtsverhältnisse in weitem Umfange dem Privatwillen als einem solchen überläßt, welcher durch seine rechtsgiltige Bethätigung der verpflichtenden Kraft des Gemeinwillens theilhaftig wird, so stehen denjenigen Rechtsnormen, welche die Geltung eines abweichenden Privatwillens ausschließen, diejenigen gegenüber, welche die Geltung eines abweichenden Privatwillens zulassen; vom unbedingten oder absoluten Rechte unterscheiden wir daher das bedingte oder subsidiäre Recht. Die Frage der absoluten oder subsidiären Geltung einer Rechtsnorm ist eine Frage ihrer Auslegung, welche im Zweifel nach allgemeinen Grundsätzen (S. 48 oben) im Sinne ihrer subsidiären Geltung zu entscheiden ist. Zur privaten Normirung verhält sich die subsidiäre Rechtsnorm als Ergänzung, wenn sie ein in erster Linie jener überlassenes Verhältniß in einem den Interessen der zu ihr Befugten möglichst entsprechenden Sinne regelt; solche Bestimmungen sind im Verhältnisse zur privaten Normirung subsidiäre in dem besonderen Sinne einer Nachhilfe oder Aushilfe, welche sie im Falle unvollständiger privater Normirung gewähren. Das subsidiäre Recht kann aber auch ein solches sein, welches zwar abweichender privater Normirung Raum läßt, aber den durch deren Unterlassung frei gelassenen Raum benutzt, um anderen Interessen als denjenigen der zur privaten Normirung Befugten zu dienen. Solche Rechtsnormen ergänzen nicht die private Normirung, weichen aber derselben, weil das Recht sie zwar im Interesse anderer erläßt, aber diesem das Interesse freier Bewegung der zur privaten Normirung

Befugten voranstellt. So ist die Regelung der Intestaterbfolge durch andere Rücksichten beherrscht als diejenige auf den Willen und das Interesse des Verstorbenen; soweit sie aber nur in Ermangelung testamentarischer Verfügung platzgreift, sind jene anderen Rücksichten solche, welchen die Rücksicht auf den Willen des Verstorbenen als die höhere vorgeht. Den ergänzenden Privatrechtsnormen können diese als die nachgebenden entgegengesetzt werden.

**Anmerkung.** Der Gegensatz des absoluten und des subsidiären Rechtes wird in sehr verschiedener Weise bezeichnet, so insbesondere durch die Entgegensetzung des prohibitiven oder zwingenden und des dispositiven oder nicht zwingenden Rechtes. Die Bezeichnung der unbedingt geltenden Rechtssätze als zwingender oder prohibitiver ist aber eine zu enge; als solche können z. B. die Bestimmungen über die Formen der Rechtsgeschäfte nicht bezeichnet werden. Gänzlich unbezeichnend ist sodann der Namen der dispositiven Rechtssätze; bezeichnet er sie wörtlich im Gegensatze zu den prohibitiven oder prohibirenden als disponirende, so ist damit überhaupt kein charakteristisches Merkmal bestimmter Arten von Rechtssätzen angegeben. Im Sinne jener Eintheilung deutet der Ausdruck auf einen die private Disposition zulassenden Rechtssatz, während neuerdings O. Bülow (Arch. f. civ. Prax. Bd. 64. S. 1 ff.) unter dispositiven Rechtssätzen vielmehr diejenigen versteht, welche die Bedingungen privater Disposition regeln und als deren Ergänzung er die subsidiären Rechtsnormen bezeichnet. Setzt er aber so einander entgegen diejenigen Rechtssätze, welche die private Disposition ausschließen und diejenigen, welche sie regeln, so kommt nicht nur diesen beiden Classen von Rechtssätzen dieselbe unbedingte Geltung zu im Gegensatze zur bedingten Geltung der subsidiären Rechtsnormen, sondern sie lassen sich überhaupt nicht scharf unterscheiden, da auch die Begrenzung des Gebietes privater Normirung durch einen sie ausschließenden Rechtssatz eine Bestimmung ihrer Bedingungen ist. Nach Bülow wäre die Regelung der Intestaterbfolge eine bloße Ergänzung der Normen über die Testamente, während diesen als der Normirung des letzten Willens die ihn ausschließenden Bestimmungen des Notherbenrechtes als Normen entgegengesetzter Art gegenüberstehen würden; in Wirklichkeit theilen gerade die letzteren mit denjenigen des Testamentsrechtes sowohl die unbedingte Geltung, als den Charakter einer Normirung der Geltung letztwilliger Verfügungen. — Zwei Arten nichtzwingender Gesetze unterscheidet richtig Dernburg, Pand. I. S. 70 f. — Die Entgegensetzung des absoluten und des subsidiären Rechtes ist eine bereits eingebürgerte in Bezug auf die Unterscheidung der bedingten oder unbedingten Geltung des gemeinen Rechtes gegenüber dem Particularrechte. Das Verhältniß eines subsidiären gemeinen Rechtes zum particularen ist aber genau dasselbe, wie das Verhältniß des bedingt geltenden Rechtes zur privaten

Normirung; daher bezieht sich in gleicher Weise auf dieses wie auf jenes Verhältniß das Sprichwort: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht. — Die Römer bezeichnen das unbedingt geltende Recht als iuris forma, ius commune oder publicum; wie sie es als gemeinsames bezeichnen wegen der Ungiltigkeit eines ihm widersprechenden Einzelwillens, so bezeichnen sie es als öffentliches wegen des Ausschlusses privater ihm widersprechender Normirung. (L. 7. S. 16. l. 38. 42. D. de pactis. L. 20. pr. D. de relig. 11. 7. L. 12. § 1. D. de pact. dot. 23, 4. L. 27. D. de R.S. 50. 17. Dem ius publicum in diesem Sinne setzen sie nicht etwa ein ius privatum, sondern die voluntas oder die pacta privatorum entgegen, so daß die Bezeichnung der bedingt geltenden Rechtsnormen als privater (Thöl) oder als „Privatrecht im ausgezeichneten Sinne des Wortes" (Brinz) ihnen fremd ist. Allerdings begegnet uns auch innerhalb des Privatrechtes der Gegensatz von privatum und publicum ius (L. 3. D. qui test. f. 28. 1), aber wieder in anderem auf die Möglichkeit eines Verzichtes sich beziehendem Sinne.

## 3. Der verschiedene Umfang der Rechtsnormen.

### § 13.

Wie es das eine Zusammenleben aller Rechtsgenossen ist, welches in den verschiedenen zwischen verschiedenen Rechtsgenossen bestehenden Lebensbeziehungen zur Erscheinung gelangt, so ist es das eine Recht des Gemeinwesens, welches durch das Zusammensein der verschiedenen innerhalb desselben geltenden Normen zur Erscheinung gelangt. Wie aber die gegenseitigen Lebensbeziehungen der Genossen theils ein Verhältniß der Anziehung oder Ergänzung, theils ein Verhältniß der Abstoßung oder Collision begründen, so stehen die verschiedenen Rechtsnormen innerhalb des Gemeinwesens zu einander im Verhältnisse theils der Verwandtschaft, theils des Gegensatzes. Beide Verhältnisse sind aber wieder in doppelter Weise möglich. Wie die leibliche Verwandtschaft theils auf der Abstammung des einen Verwandten vom anderen, theils nur auf ihrer gemeinschaftlichen Abstammung von derselben dritten Person beruht, so beruht die Verwandtschaft verschiedener Normen auf der Gemeinschaft des eine bestimmte Gattung von Verhältnissen beherrschenden Princips in der doppelten Weise, daß entweder die eine Norm zur anderen sich verhält als das die ganze Gattung beherrschende Princip zu seiner eine bestimmte Art derselben normirenden Specialisirung, oder aber, daß beide Normen sich zu

einander verhalten als Normirungen verschiedener Arten derselben Gattung und damit als verschiedene Specialisirungen eines und desselben die ganze Gattung beherrschenden Princips. Gleich der Verwandtschaft ist der Gegensatz verschiedener Normen theils ein Gegensatz coordinirter einander gegenseitig beschränkender Normen, theils der Gegensatz einer allgemeineren und einer specielleren für bestimmte Fälle die Geltung jener ausschließenden Norm. Auf dem letzteren Gegensatze beruht die Entgegensetzung des ius commune und des ius singulare oder der principmäßigen und der principwidrigen Rechtssätze. Während die Besonderheiten principgemäßer Rechtssätze zu den allgemeinen durch sie specialisirten Grundsätzen in dem doppelten Verhältnisse stehen, daß sie einerseits durch diese ihre Erläuterung und Beleuchtung empfangen und andererseits zu ihrer eigenen Erläuterung und Beleuchtung dienen, so steht umgekehrt das ius singulare zu dem durch dasselbe durchbrochenen Princip nicht im Verhältnisse gegenseitiger Ergänzung, sondern im Verhältnisse der Collision; wie daher das ius singulare nicht in Gemäßheit des Princips auszulegen ist, dessen Herrschaft es einschränkt, so ist andererseits aus dem ius singulare nur eine Einschränkung des Geltungsgebietes des Princips und nicht eine Modification seines Inhaltes abzuleiten. Als ein selbst aus keinem allgemeineren Rechtsprincipe abgeleitetes kann auch das ius singulare nicht zur Ableitung eines solchen verwendet werden, und nichts anderes ist gemeint, wenn es heißt, dasselbe sei nicht producendum ad consequentias. Durchbricht das ius singulare die Logik des Rechtes um eines bestimmten Bedürfnisses willen, so reicht seine Geltung eben so weit als dieses Bedürfniß sie fordert, aber auch nicht weiter; während daher die Ableitung eines juristischen Principes aus demselben im Widerspruche mit seiner eigenen Principwidrigkeit stünde, so ist dagegen diejenige analoge Ausdehnung seines unmittelbaren Inhaltes, welche sein praktischer Zweck fordert, durchaus nicht ausgeschlossen.

Mit dem Unterschiede der generalisirenden, und der specialisirenden Rechtsnormen ist nicht zu verwechseln der Gegensatz der generellen und der individuellen Normirung. Jener ist ein bloßer Gradunterschied, welcher zum Gegensatze erst dadurch wird, daß die speciellere Norm als ius singulare durch ihren Inhalt mit

der allgemeineren in Widerspruch tritt. Dagegen steht die individuelle Normirung oder das ius speciale im Gegensatze zum ius generale nicht erst durch ihren besonderen Inhalt, sondern schon durch die besondere Beschaffenheit ihres Geltungsgebietes. Den Charakter der Principwidrigkeit hat aber das ius speciale noch in höherem Grade als das ius singulare; durchbricht dieses ein bestimmtes einzelnes Rechtsprincip von bestimmtem Inhalte, so durchbricht jenes das allgemeine Princip genereller Normirung. Wäre dieses Princip ein ausnahmsloses, so wäre jedes ius speciale ausgeschlossen; ist aber dieses nicht der Fall, so ist doch das ius speciale nur als vereinzelte Ausnahme möglich; bestünde der Inhalt des Rechtes lediglich aus einer Summe individueller Normirungen, so wäre jede Einheit, Vollständigkeit und Continuität desselben ausgeschlossen und es würde jedes neu auftauchende durch keine der bisherigen individuellen Normirungen geregelte Verhältniß der rechtlichen Regelung entbehren. Ist aber so die individualisirende Norm eine abnorme, so läßt sich ihr doch nicht der Charakter der Rechtsnorm bestreiten, da ihr die Geltung einer solchen oder die verbindliche Kraft für jeden durch ihren Inhalt berührten Rechtsgenossen durchaus zukommt; als Normirung eines individuellen Verhältnisses ist sie aber eine solche, deren Existenz und Wirkung mit derjenigen des durch sie normirten Verhältnisses zusammenfällt, so daß der Gegensatz der abstracten Rechtsnorm und des concreten Rechtsverhältnisses hier wegfällt. Demgemäß bezeichnet der Ausdruck Privilegium sowohl die individuelle Norm als das durch sie begründete Rechtsverhältniß als ein solches, dessen Umfang mit dem ihrigen sich deckt. Während aber der Begriff des Privilegiums im objectiven Sinne auf die lex specialis sich beschränkt, so wird er im subjectiven Sinne auch in der weiteren Bedeutung jeder auf besonderer rechtlicher Begünstigung beruhenden Sonderstellung gewisser Personen gebraucht, sei sie nun eine auf einer lex specialis beruhende Privilegirung bestimmter Individuen oder eine auf ius singulare beruhende Privilegirung bestimmter Classen von Personen.

**Anmerkung.** Den Begriff des ius singulare bestreitet Paulus in L. 10 D. de legib. so:

> Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

Wenn neuerdings Scharlach (Arch. f. civ. Prax. 62 S. 435 ff.) die auctoritas constituentium ausschließlich von der Auctorität der Juristen verstehen will, so ist dies um so willkürlicher, da das ius singulare gerade ausdrücklich als ein der Rechtsconsequenz zuwiderlaufendes, also nicht durch juristische Folgerung gewonnenes bezeichnet wird. Wenn nun derselbe Paulus in L. 4 eod. sagt:

> Quod vero contra rationem iuris receptum est, non producentum ad consequentias,

so will er damit nicht Folgerungen aus derjenigen utilitas, welcher der betreffende Rechtssatz dient, sondern nur die Ableitung einer ratio iuris aus dem contra rationem iuris statuirten ausschließen; er zieht daher der analogen Ausdehnung des ius singulare keine andere Schranke als die aus seinem eigenen Geiste sich ergebende, und die zahlreichen Beispiele analoger Ausdehnungen singulärer Bestimmungen auf Grund der ratio legis stehen damit durchaus im Einklange. Wenn neuestens Eisele (Jherings Jahrb. 23 S. 123 ff.) den Ausschluß jeder analogen Ausdehnung des ius singulare festhält und nur eine ausdehnende Interpretation zuläßt, so bekennt er selbst die Undurchführbarkeit dieser Unterscheidung dadurch, daß er einerseits das Ergebniß der Analogie als ein vom Gesetzgeber nur implicite, nicht unmittelbar gewolltes bezeichnet und andererseits die Auslegung nicht nur das Gewollte, sondern auch das „als Gewollt Angenommene" herausstellen läßt, welches doch wohl auch das nur implicite Gewollte in sich begreift. Nur dann, wenn eine Norm nicht einem bestimmten Zwecke, sondern dem Zufall, z. B. einem Mißverständnisse, ihre Entstehung verdankt, geht der Umfang ihrer Geltung schlechterdings nicht über den unmittelbaren Inhalt der sie statuirenden Satzung oder Uebung hinaus, und darauf beruht die Entscheidung der l. 39 de legib. (S. 36).

## 4. Die verschiedene Strenge der Rechtsnormen.

### § 14.

Der Mannigfaltigkeit der Rechtsbestimmungen steht gegenüber die Mannigfaltigkeit der durch diese geregelten Lebensbeziehungen. Die Regelung des Rechtes ist eine um so angemessenere oder gerechtere, je treuer die Verschiedenheit seiner Bestimmungen für verschiedene Verhältnisse der verschiedenen Bedeutung der verschiedenen Lebensverhältnisse entspricht. Mit Rücksicht darauf unterscheidet man ius strictum und aequum oder strenges und billiges Recht, indem man unter einem billigen Rechte versteht das den Anforderungen des Lebens gerecht werdende, der Ver-

wandtschaft und Verschiedenheit der Lebensverhältnisse Rechnung tragende Recht. In Wirklichkeit handelt es sich aber hier nicht um eine gewissen Rechtssätzen zukommende und anderen fremde Eigenschaft, sondern um eine Aufgabe, deren Verfolgung jedem Rechtssatze eigen und deren vollständige Lösung jedem Rechte versagt ist. Jedes Recht verfolgt den Zweck durch die Verschiedenheit seiner Normen der verschiedenen Bedeutung der verschiedenen Lebensverhältnisse gerecht zu werden; von der vollständigen Erreichung dieses Zweckes ist es aber durch seine eigene Natur ausgeschlossen. Die Verschiedenheit der Lebensbeziehungen ist eine unübersehbare und eine stets wechselnde; das Recht aber vermag weder diesem Wechsel auf Schritt und Tritt zu folgen, noch die Mannigfaltigkeit der gleichzeitigen Lebensverhältnisse anders zu beherrschen als durch eine Classification, welche einer bestimmten übersehbaren Zahl von Verschiedenheiten entscheidende Bedeutung zuschreibt und alle anderen ignorirt. Ein strenges Recht ist daher jedes Recht; denn kein Recht kann die Möglichkeit ausschließen, daß die Anwendung seiner Bestimmungen auf den einzelnen Fall vermöge irgend welcher von ihnen nicht berücksichtigter Eigenthümkeit desselben als unangemessen oder unbillig erscheine. Die Entgegensetzung eines ius strictum und aequum hat daher nur die Bedeutung eines Gradunterschiedes. Ein solcher besteht einmal insoferne als die nie ganz fehlende und nie ganz erreichte Congruenz zwischen der Mannigfaltigkeit der Rechtsbestimmungen und der Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse eine größere oder geringere sein kann; in je höherem Grade diese Congruenz besteht, desto mehr ist das Recht ein ius aequum oder ein angemessenes Recht. Indem dieses Prädicat ein bestimmtes Verhältniß des Rechtes zum Leben bezeichnet, so bezeichnet es keine den Rechtsnormen für sich zukommende Eigenschaft; das angemessenste Recht wird zum unangemessenen durch eine seine Angemessenheit aufhebende Aenderung der Lebensverhältnisse, und ebenso kann ein Recht erst nachträglich zum ius aequum dadurch werden, daß das Leben so zu sagen erst in das durch seine Bestimmungen ihm gegebene Gewand hineinwächst. Ist aber der Gegensatz des ius aequum in diesem Sinne das ius iniquum, so bildet den Gegensatz des ius strictum oder des schlechthin bestimmten die Freiheit des richterlichen Ermessens möglichst beschränkenden Rechtes ein solches,

welches dem richterlichen Ermessen einen möglichst weiten Spielraum gewährt. Auch hier also ist der Gegensatz ein relativer; so wenig mit der Existenz des Rechtes eine absolute Entfesselung des richterlichen Ermessens verträglich ist, so wenig ist ein absoluter Ausschluß desselben denkbar. Ist also das Recht um so mehr aequum, je mehr es dem wirklichen Leben gerecht wird, und um so mehr strictum, je mehr es das richterliche, seine abstracten Bestimmungen auf die concrete Mannigfaltigkeit des Lebens anwendende Ermessen einengt, so steckt in Wirklichkeit hinter dieser Entgegensetzung ein doppelter Gegensatz, indem die größere oder geringere Aequität, Gerechtigkeit, Billigkeit oder Angemessenheit des Rechtes einen Unterschied seiner materiellen Beschaffenheit bezeichnet, während es ein Unterschied seiner Bestimmtheit oder Elastizität ist, welchen die dem Rechte zugeschriebene größere oder geringere Strictheit, Starrheit, Strenge oder Enge angibt. Allerdings aber besteht zwischen beiden Gegensätzen ein Zusammenhang, vermöge dessen die Entgegensetzung des ius aequum und des ius strictum doch auch ihre Berechtigung hat; denn allerdings ist das Recht der Gefahr ein ius iniquum zu sein und namentlich in immer fortschreitendem Maße zu werden, in um so höherem Grade ausgesetzt, je mehr es ein ius strictum ist; ist die Mannigfaltigkeit sowohl des gleichzeitigen als vollends des wechselnden Lebens eine unübersehbare, so werden die abstracten Normen des Rechtes ihr um so weniger Zwang anthun, je mehr sie den zu ihrer Anwendung auf ein concretes Lebensverhältniß Berufenen zur Berücksichtigung seiner von ihnen nicht vorhergesehenen Eigenthümlichkeiten anweisen. Darüber darf aber die Kehrseite der Sache nicht übersehen werden. Je elastischer das Recht ist, desto schwieriger ist seine richtige Anwendung; verbürgt seine größere Elasticität in höherem Grade die Möglichkeit der Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles gerecht zu werden, so gewährt sie auch in höherem Grade die Möglichkeit einer durch die intellectuelle oder Charakterschwäche des Richters verschuldeten ungerechten Entscheidung. Wäre das ius strictum das direkte Gegentheil des jus aequum, so wäre stets das weniger strenge Recht das angemessenere, während in Wirklichkeit die Strictheit des Rechtes nicht nur ein Uebel, sondern auch eine Wohlthat ist. In demselben Maße, in welchem das Recht die Individualität des

einzelnen Falles zu Wort kommen läßt, läßt es auch die Individualität seines Beurtheilers zu Worte kommen, und die Angemessenheit einer größeren oder geringeren Strictheit des Rechtes hängt daher von dem Grade ab, in welchem das Recht auf den Willen und die Einsicht der zu seiner Anwendung Berufenen zählen kann.

## V. Das Verhältniß concurrirender Rechtsnormen.

### 1. Uebersicht.

### § 15.

Für die Frage, nach welchen Normen ein bestimmtes Verhältniß rechtlich zu beurtheilen sei, ist maßgebend das gegenwärtige Recht derjenigen Gemeinschaft, deren Organ der zur Entscheidung jener Frage Berufene ist. Es kann aber dieses Recht selbst anstatt der Beurtheilung nach seinen eigenen Normen diejenige nach anderen Normen zulassen und zwar in der doppelten Weise, daß es seine Beurtheilung nach den Normen des bisherigen oder nach denjenigen eines fremden Rechtes zuläßt. Inwieweit dies der Fall ist, ist eine Frage, welche man mit Unrecht als die Frage nach dem zeitlichen und räumlichen Geltungsgebiete der Rechtsnormen bezeichnet; daß die Gegenwart das Geltungsgebiet des neuesten und nicht des durch dasselbe geänderten früheren Rechtes, daß ebenso das räumliche Gebiet unseres Staates das Geltungsgebiet seines Rechtes und nicht eines ihm widersprechenden fremden Rechtes ist, das steht außer Frage; vielmehr handelt es sich darum, inwieweit das gegenwärtige und das einheimische Recht selbst innerhalb seines Geltungsgebietes die Geltung des früheren oder eines fremden Rechtes zuläßt. Das Verhältniß eines bestimmten Rechtes zu fremden Rechten ist aber ein anderes, als das Verhältniß des gegenwärtigen Rechtes zum bisherigen. Während die Geltung fremden Rechtes im Gebiete des unsrigen an sich durch seine Eigenschaft als fremdes Recht ausgeschlossen ist, so ist die Geltung des bisherigen Rechtes neben dem gegenwärtigen nur insoweit ausgeschlossen, als mit der dem gegenwärtigen Rechte zukommenden Geltung die seinige sich nicht verträgt; während daher die Geltung des bisherigen Rechtes neben dem neu entstandenen so weit reicht,

als keine Gründe ihres Ausschlusses vorliegen, so reicht die Geltung fremden Rechtes neben dem einheimischen nur so weit, als sie aus besonderen Gründen sich ergibt.

## 2. Die Concurrenz des älteren mit dem jüngeren Rechte.

### § 16.

Die Geltung des bisherigen Rechtes neben dem neu entstandenen versteht sich insoweit von selbst, als der Inhalt des letzteren demjenigen des ersteren nicht widerspricht. Inwieweit dies der Fall sei, ist eine Frage der Interpretation des neu entstandenen Rechtes, welche im Zweifel im Sinne seiner möglichsten Uebereinstimmung mit dem bisherigen Rechte zu beantworten ist. Die Aufhebung des bisherigen durch die Entstehung ihm widersprechenden neuen Rechtes pflegt man zu bezeichnen durch den Satz lex posterior derogat priori; eine einzelne Anwendung des Satzes, daß die Aufhebung des bisherigen Rechtes nicht weiter reicht als der entschiedene Widerspruch des neuen Rechtes, ist die Regel lex posterior generalis non derogat priori speciali. Unter einer lex specialis ist hier verstanden jede durch Rechtsnorm statuirte Ausnahme von der durch eine allgemeinere Rechtsnorm statuirten Regel, und der Satz besagt, daß die Aufhebung dieser allgemeineren Rechtsnorm im Zweifel nicht die Aufhebung jener specielleren in sich schließe. Doch setzt dieser Satz voraus, daß die Ausnahme von der Geltung der allgemeineren Norm, welche die speciellere begründet, im Verhältnisse zur neuen Norm in der gleichen Richtung bestehe wie im Verhältnisse zur früheren. Wird z. B. das Alter der Volljährigkeit herabgesetzt, so wird dadurch im Zweifel die ausnahmsweise Festsetzung eines früheren Volljährigkeitstermines insoweit, aber auch nur insoweit nicht berührt, als derselbe auch dem Termine des neuen Rechtes gegenüber ein früherer ist. Ebenso berührt die Herabsetzung der für einen Rechtsact erforderlichen Zahl von Zeugen im Zweifel diejenigen Fälle nicht, in welchen es ausnahmsweise schon bisher einer noch geringeren Zahl von Zeugen bedurfte; von selbst versteht sich dagegen, daß der neuen Regel gegenüber diejenige Ausnahme nicht fortbesteht, welche ihr gegenüber aus einer Begünstigung oder Er-

leichterung, welche sie im Verhältnisse zur bisherigen Regel bildete, in eine Zurücksetzung oder Erschwerung sich verwandeln würde. Falls nun der Inhalt des neuen Rechtes in entschiedenem Widerspruche mit demjenigen des bisherigen steht, so erhebt sich bezüglich solcher Verhältnisse, deren Existenz sowohl in das zeitliche Geltungsgebiet des bisherigen als in dasjenige des neuen Rechtes fällt, die Frage, nach welchem von beiden sie zu beurtheilen sind. Während also unzweifelhaft jedes in seiner ganzen Existenz der Vergangenheit angehörende Verhältniß nach dem Rechte der Vergangenheit und jedes erst unter der Herrschaft des gegenwärtigen Rechtes entstandene Verhältniß nach dem Rechte der Gegenwart zu beurtheilen ist, so bedarf der besonderen Beantwortung die Frage nach der Beurtheilung solcher Verhältnisse, welche sowohl durch ihre Entstehung der Vergangenheit als durch ihr Bestehen der Gegenwart angehören.

Geht der Inhalt der Rechtsnormen dahin, daß mit bestimmten Thatsachen bestimmte rechtliche Wirkungen sich verbinden oder nicht verbinden, so ist für die Beantwortung dieser Frage im Zweifel maßgebend dasjenige Recht, dessen Geltungszeit die betreffenden Thatsachen angehören. Haben diese die betreffende Wirkung einmal erzeugt, so folgt aus einer Aenderung des Rechtes, vermöge welcher sie dieselbe jetzt nicht mehr erzeugen würden, nicht die Aufhebung der unter der Herrschaft des früheren Rechtes erzeugten Wirkung. Haben dagegen bestimmte Thatsachen eine bestimmte Wirkung nicht erzeugt, so folgt ebensowenig der nachträgliche Eintritt jener Wirkung daraus, daß die betreffenden Thatsachen sie vermöge ihres nunmehrigen Platzgreifens erzeugen würden.

Die Regel ist also diese, daß die rechtliche Wirkung jeder Thatsache sich bemißt nach dem Rechte der Zeit, welcher sie angehört; die entgegengesetzte Behandlung, welche die Wirkung vergangener Thatsachen nach dem der Vergangenheit fremden Rechte der Gegenwart bemißt, pflegt man zu bezeichnen als eine R ü c k w i r k u n g des gegenwärtigen Rechtes, welche nur anzunehmen sei kraft seines besonderen, dieselbe statuirenden Willens. Mit Unrecht hat man diese Bezeichnung angefochten wegen der Unmöglichkeit einer Rückwirkung der Gegenwart auf die Vergangenheit; was man mit jener Bezeichnung meint, ist lediglich die gleiche Beurtheilung der in die Geltungszeit des vergangenen Rechtes

gefallenen Thatsachen, wie wenn sie der Geltungszeit des gegenwärtigen Rechtes angehört hätten, und wie jede Fiction einen sie statuirenden Willen voraussetzt, so ist auch jene Beurtheilung eine solche, welche durch das Recht der Gegenwart vorgeschrieben sein kann, aber auch nur im Fall einer solchen Vorschrift platzgreifen darf; gleichgiltig ist dagegen, ob diese Vorschrift eine ausdrückliche ist oder aus dem sonstigen Inhalte des gegenwärtigen Rechtes sich ergibt. Dieselbe ist insbesondere enthalten in der sogen. authentischen Interpretation eines älteren Gesetzes. Indem ein Gesetz seinen Inhalt als einen bereits in einem älteren Gesetze enthaltenen behandelt wissen will[1]), so schreibt es damit seine Anwendung auf alle diejenigen Fälle vor, auf welche jenes ältere Gesetz Anwendung findet. Nov. 19. prooem.

Indem nun die rechtliche Wirkung einer bestimmten Thatsache entweder die Erzeugung oder die Zerstörung eines bestimmten Rechtsverhältnisses ist, so ist jedes Rechtsverhältniß in Ansehung seiner Entstehung zu beurtheilen nach dem Rechte derjenigen Zeit, welcher die es erzeugenden Thatsachen angehören, in Ansehung seiner Aufhebung dagegen nach dem Rechte derjenigen Zeit, welcher die es zerstörenden Thatsachen angehören. Bestritten ist dagegen, wie es sich mit solchen Normen verhalte, welche nicht die Entstehung oder Aufhebung, sondern den Bestand eines bestimmten Rechtsverhältnisses zum Gegenstande haben, indem sie entweder seinen Inhalt durch Erweiterung oder Beschränkung desselben ändern, oder aber seine Existenz für die Zukunft ganz ausschließen. Ist aber jedes Rechtsverhältniß die rechtliche Wirkung bestimmter Thatsachen, so wird durch eine veränderte Normirung seines Inhaltes die Wirkung der es erzeugenden Thatsachen anders bestimmt und durch den Ausschluß seiner zukünftigen Existenz jenen Thatsachen die bisher mit ihnen verbundene Wirkung versagt, so daß dadurch an sich die Wirkung derjenigen Thatsachen nicht berührt wird, welche das betreffende Rechtsverhältniß schon vor der neuen Normirung erzeugt hatten. Es kann aber nach der Absicht der betreffenden Norm mit der erweiterten oder beschränkteren Wirkung der von jetzt an das betreffende Rechtsverhältniß erzeugenden

---

[1]) Die Bedeutung des Gesetzes wird verkannt, wenn sein Auftreten als Interpretation eines früheren Gesetzes als eine bloße Belehrung angesehen wird, welcher im Falle ihrer Unrichtigkeit keine Bedeutung zukomme.

Thatsachen eine nachträgliche Erweiterung oder Beschränkung der durch dieselben schon vorher erzeugten Rechtsverhältnisse und mit dem gänzlichen Ausschlusse fernerer Entstehung des betreffenden Rechtsverhältnisses die Aufhebung der zur Zeit bestehenden Rechtsverhältnisse jener Art sich verbinden. Diese Absicht ist dann anzunehmen, wenn die fernere Entstehung eines Rechtsverhältnisses, z. B. der Sklaverei, deßhalb ausgeschlossen wird, weil seine Existenz mit dem sittlichen Bewußtsein der Gegenwart schlechthin unverträglich ist. Dasselbe gilt, wenn im Interesse der Gleichförmigkeit der bestehenden Zustände oder aus sonstigen Gründen der Zweckmäßigkeit die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse der betreffenden Art derselben Erweiterung oder Einschränkung theilhaftig werden wie die neu entstehenden, wie auch bei der Aufstellung neuer Entstehungsbedingungen der Fortbestand älterer Rechte von ihrer Nachholung abhängig gemacht werden kann.

In allen diesen Fällen verbindet sich mit dem dauernden, die Wirkung zukünftiger Thatsachen normirenden Inhalte der betreffenden Norm ein temporärer, welcher die von ihr als bestehend vorgefundene Wirkung vergangener Thatsachen erweitert, einschränkt oder aufhebt, und dessen Bedeutung im Falle der Erweiterung die einer durch Gesetz erfolgenden Zuwendung, im Fall der Einschränkung und Aufhebung die einer partiellen oder gänzlichen Expropriation ist; daß diese Zuwendung oder Expropriation nicht erfolge ohne Auferlegung oder Gewährung einer Entschädigung, kann im betreffenden Falle als ein Gebot der Gerechtigkeit erscheinen, welches aber selbstverständlich eine rechtliche Verbindlichkeit oder Forderung nur als ein durch das positive Recht statuirtes begründet.

Ist aber in Ermangelung einer anderweitigen Absicht des gegenwärtigen Rechtes die Wirkung jeder Thatsache zu bemessen nach dem Rechte der Zeit, in welche sie fällt, so kann diese Zeit selbst deshalb zweifelhaft sein, weil die eine Wirkung erzeugende Thatsache oder Mehrheit von Thatsachen einen Zeitraum ausfüllt, in welchen eine Aenderung des Rechtes fällt. Im Falle verschiedener, die betreffende rechtliche Wirkung in verschiedener Weise bedingender Thatsachen ist die Bedeutung jeder einzelnen Thatsache nach dem Rechte der Zeit zu bemessen, welcher sie angehört, so daß z. B. die für eine Handlung erforderliche Handlungs-

fähigkeit oder Form stets nach der Zeit ihrer Vornahme zu bemessen ist. Indem dagegen die rechtliche Bedeutung einer Thatsache nur der vollendeten Thatsache zukommt, so ist für die rechtliche Bedeutung des einzelnen Vorganges das Recht desjenigen Zeitpunktes maßgebend, in welchem er seinen Abschluß findet. Ist es aber die zeitliche Dauer eines bestimmten Zustandes als solche, welche eine rechtliche Wirkung erzeugt, so muß er, um von rechtlicher Bedeutung zu sein, den Bedingungen derselben während seiner ganzen Dauer genügen; wird diese vor seiner Vollendung an eine neue Bedingung, welcher er nicht genügt, geknüpft, so wird er bedeutungslos; genügt er dagegen umgekehrt zwar nicht den Bedingungen des bisherigen, aber denjenigen des neuen Rechtes, so beginnt nunmehr seine rechtliche Bedeutung, so daß er die betreffende rechtliche Wirkung dann erzeugt, wenn er von jetzt an während der erforderlichen Zeit gedauert hat. Werden die Anforderungen des Rechtes an seine Dauer erhöht, so bedarf er, um die betreffende Wirkung zu erzeugen, der entsprechenden Verlängerung seiner Dauer; werden sie ermäßigt, so muß er entweder den Anforderungen des neuen Rechtes durch seine Dauer während der Zeit der Geltung desselben oder durch seine gesammte Dauer den höheren Anforderungen des bisherigen Rechtes genügen, welche durch die neue Norm ja keinenfalls gesteigert werden sollten [1]).

Wie aber bezüglich der eine rechtliche Wirkung erzeugenden Thatsachen der für ihre Wirksamkeit maßgebende Moment ihrer Vollendung zweifelhaft sein kann, so ist es auch bestritten, wann eine solche rechtliche Wirkung oder ein Rechtsverhältniß vorliege, welches als einmal entstandenes durch eine neue Norm nicht mehr berührt werde. Die Lehre von der Rückwirkung der Rechtsnormen bezeichnet man auch als die Theorie der erworbenen Rechte, indem man die Unanwendbarkeit des neuen Rechtes auf erworbene subjective Rechte beschränkt. Diese Beschränkung ist aber willkürlich; ein bestimmtes Rechtsverhältniß ist durch jede Thatsache oder jeden Inbegriff von Thatsachen entstanden, welchem

---

[1]) Durch Anwendung der vorstehenden Grundsätze erledigt sich insbesondere die viel verhandelte Frage über die Anwendung neuer Verjährungsgesetze, welche richtig entschieden wird von Scheurl, Beitr. zur Bearb. des R. R. I. 143 ff.

für sich eine bestimmte rechtliche Bedeutung zukommt. Indem z. B. eine solche der Erreichung des Alters der Volljährigkeit zukommt, so findet ein neues Gesetz, welches den Termin der Volljährigkeit hinausrückt, zwar Anwendung auf alle noch nicht volljährig Gewordenen, dagegen nicht auf diejenigen, welche unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes schon volljährig geworden sind, wenngleich sie, falls das gegenwärtige Recht schon früher gegolten hätte, noch nicht volljährig geworden wären. Von den durch eine Thatsache erzeugten Wirkungen sind dagegen zu unterscheiden diejenigen, auf deren zukünftigen Eintritt jene Thatsache eine Aussicht gewährt, indem dieselben erzeugt werden durch ihr Zusammenwirken mit anderen, zur Zeit noch nicht zutreffenden Thatsachen; wie jene Aussicht dadurch zerstört wird, daß jene anderen Thatsachen, z. B. das Vorabsterben eines Verwandten, nicht eintreten, so wird sie auch dadurch zerstört, daß das Recht vor dem Eintritte dieser anderen Thatsachen die Bedingungen der Entstehung der betreffenden Wirkung anders normirt.

Als etwas Besonderes hebt man vielfach hervor, daß der Einwirkung des neuen Rechtes durchaus entzogen sind die durch rechtskräftiges Urtheil, durch Vergleich, Zahlung oder sonstwie erledigten Verhältnisse. Soweit diese Erledigung durch Privatrechtsgeschäft stattgefunden hat, ist sie eine vollständige Aufhebung des betreffenden Verhältnisses, so daß bezüglich desselben als eines in seiner ganzen Existenz der Vergangenheit angehörigen die Anwendung des neuen Rechtes überhaupt nicht in Frage kommt. Dasselbe gilt aber auch von dem rechtskräftig aberkannten Rechte als einem durch die Aberkennung, soweit ihre Wirkung reicht, zerstörten, und auch das rechtskräftig anerkannte Recht ist durch seine richterliche Anerkennung auf eine neue Grundlage seiner Existenz gestellt, welche dadurch nicht zerstört wird, daß das neue Recht die Wirkung seiner ursprünglichen Entstehungsursache wieder aufhebt. Daß dagegen den rechtskräftig entschiedenen durch Nov. 115 c. 1 gleichgestellt sind die in erster Instanz entschiedenen und in der Appellationsinstanz schwebenden Fälle, ist in der Natur der appellabelen Entscheidung nicht begründet.

**Anmerkung.** Das römische Recht spricht den diese Lehre beherrschenden Grundsatz in einer Verordnung Theodos. II. und Valentinians III. so aus:

leges et constitutiones futuris certum est dare formam ne-

gotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum est. Deutlich bezeichnen das Princip die negativen Worte des Hauptsatzes; das Gesetz, dessen Beziehung auf bestimmte Thatsachen eben darin besteht, daß es ihre Wirkung normirt, wird auf vergangene Thatsachen zurückbezogen, wenn ihre Wirkungen nach ihm bemessen werden; daß eine Rückbeziehung, um Platz zu greifen, nominatim verfügt sein müsse, bedeutet nicht die Notwendigkeit ihrer Verfügung expressis verbis, sondern nur die Notwendigkeit unzweideutiger Bethätigung der entsprechenden Absicht. Unsicher ist die Bedeutung der Worte pendentibus adhuc negotiis, welche Mommsen streichen will. Neuestens versteht Dernburg (Pand. § 42 Note 5) unter den negotia Processe, was aber dadurch ausgeschlossen ist, daß die erste Erwähnung der negotia sich nicht von solchen verstehen läßt; unter den pendentia negotia sind wohl allgemein Angelegenheiten verstanden, die noch nicht erledigt sind. Daneben enthält das Corpus Juris eine Reihe von Einzelentscheidungen, welche aber schon deshalb der unmittelbaren Anwendbarkeit entbehren, weil sie dem Verhältnisse bestimmter damaliger Neuerungen zum bisherigen Rechte gelten. Unter den neueren Bearbeitungen der Lehre sind die bedeutendsten die von Savigny Syst. Bd. 8 (1849) S. 368 ff., welcher jedoch, um auch die Ausnahmefälle unter die Regel subsumiren zu können, eine die Einheit des Princips preisgebende und schwankende Doppelregel aufstellt, sodann von Lassalle, Syst. der erworb. R. II (1861), welcher aber den Charakter der Frage als einer Frage des positiven Rechtes verkennt, endlich von Göppert in Jherings Jahrb. XXII (1884) S. 1 ff., dessen durchaus besonnene und gründliche Darstellung leider unvollendet ist.

## 3. Die Concurrenz des fremden mit dem einheimischen Rechte.

### § 17.

Wie es für den Richter eine Frage des gegenwärtigen, ihn schlechthin bindenden Rechtes ist, inwieweit dieses die Geltung des durch dasselbe aufgehobenen bisherigen Rechtes noch zuläßt, so ist es für ihn eine Frage des ihn schlechthin bindenden Rechtes seines Gemeinwesens, inwieweit dieses die Geltung fremden Rechtes zuläßt. Dieser Grundsatz erleidet keine Aenderung durch etwaige die Geltung eines bestimmten Rechtes fordernde Normen des Völkerrechtes; denn diese verpflichten zwar das einzelne Gemeinwesen innerhalb seines Gebietes die Geltung des betreffenden fremden Rechtes zuzulassen; zum wirklich geltenden wird es aber

erst dadurch, daß das Gesetz oder die Rechtsgewohnheit des betreffenden Gemeinwesens es zum geltenden erhebt. Wenn man heutzutage von einem das anzuwendende Recht bestimmenden „internationalen Privatrechte“ spricht, so kann man darunter Verschiedenes verstehen. Mit Unrecht spricht man von internationalem Privatrechte als einem Bestandtheile des Völkerrechtes; denn das Völkerrecht ist nie Privatrecht und entbehrt der unmittelbaren Anwendbarkeit bei der Entscheidung von Privatrechtsstreitigkeiten. Ist dagegen unter dem internationalen Rechte ein solches verstanden, welches innerhalb der einzelnen an seiner Gemeinschaft theilnehmenden Gemeinwesen gilt, so ist es entweder gemeines Recht einer höheren, jene Gemeinwesen umfassenden Rechtsgemeinschaft, oder aber ist seine Gemeinschaft eine lediglich thatsächliche, so daß die Prädicirung des betreffenden Rechtes als eines internationalen nur die thatsächliche Geltung der gleichen Normen in verschiedenen Gemeinwesen bezeichnet. Indem für die Frage, nach welchem Rechte ein bestimmtes Verhältniß zu beurtheilen sei, die Bestimmungen desjenigen Rechtes maßgebend sind, dessen Verwalter der zur Beurtheilung des betreffenden Verhältnisses Berufene ist, so ist jene Frage einer für jeden Beurtheiler des betreffenden Verhältnisses gleichmäßig giltigen Beantwortung unfähig. Die Frage, ob für ein bestimmtes Verhältniß ein bestimmtes Recht gelte, löst sich auf in die doppelte, ob dieses Recht für jenen Fall den Anspruch auf Geltung erhebe und ob das für den Richter maßgebende Recht diesem Anspruche stattgebe. Auch dann, wenn das eigene, den Richter schlechthin bindende Recht für ein bestimmtes Verhältniß die Geltung eines bestimmten fremden Rechtes vorschreibt, so ist damit doch nur die Zulassung seiner Geltung gemeint, ist also seine Geltung dadurch, daß es selbst gelten will, bedingt; denn die heimische Rechtsordnung hat kein eigenes Interesse daran, daß anstatt ihrer Bestimmungen diejenigen eines fremden Rechtes gelten. Unser Recht gilt daher nicht nur, wenn es die von einem fremden Rechte beanspruchte Geltung nicht zuläßt, sondern ebenso dann, wenn dieses die von unserem Rechte zugelassene Geltung nicht beansprucht. Läßt z. B. bezüglich der Beerbung eines Verstorbenen das an seinem letzten Wohnorte geltende Recht das Recht seiner Heimat gelten, während das in seiner Heimat geltende Recht in dieser Beziehung das Recht seines

letzten Wohnortes gelten läßt, so ist sowohl für den Richter des Wohnortes als für denjenigen des Heimatortes das Recht des anderen Ortes ein solches, dessen Geltung zwar vom eigenen Rechte zugelassen, von ihm selbst aber nicht beansprucht ist, so daß der Richter keinen Grund hat, anstatt des eigenen Rechtes das fremde anzuwenden. Neben dieser doppelten Bedingung des eigenen Anspruches auf Geltung und ihrer Zulassung durch das Recht des entscheidenden Richters erfordert die Geltung des fremden Rechtes außerdem die Zugänglichkeit seiner Kenntniß für den Richter; das eigene Recht, als das einzige dem Richter mit voller Sicherheit gegebene, gilt daher nicht nur mit Ausschluß jedes durch dasselbe nicht zugelassenen fremden Rechtes, sondern ebenso im Falle dieser Zulassung in Ermangelung hinreichender Erkennbarkeit des anzuwendenden fremden Rechtes oder seines Inhaltes. Während also die ältere Norm neben der jüngeren insoweit noch anzuwenden ist, als diese ihre Anwendung nicht bestimmt ausschließt, so hat der Richter neben dem eigenen Rechte fremdes nur insoweit anzuwenden, als seine Geltung sich mit Bestimmtheit ergibt; wie die Geltung des bisherigen Rechtes durch das neu entstandene nur insoweit ausgeschlossen wird, als sie in erkennbarem Widerspruche mit der diesem zukommenden Geltung steht, so wird die Geltung des heimischen Rechtes durch diejenige fremden Rechtes nur insoweit ausgeschlossen, als die Geltung eines bestimmten fremden Rechtes von bestimmtem, dem einheimischen zuwiderlaufendem Inhalte erkennbar ist; es ist daher auch das betreffende fremde Recht im Zweifel im Sinne möglichster Uebereinstimmung mit dem einheimischen Rechte auszulegen.

Die Geltung fremden Rechtes für ein von unserem Richter zu beurtheilendes Rechtsverhältniß ist bedingt durch eine örtliche Beziehung desselben zum Gebiete eines bestimmten fremden Rechtes; da aber der örtlichen Beziehungen eines Rechtsverhältnisses verschiedene sein können, so kommt es darauf an, unter ihnen diejenige herauszufinden, welcher die größte Bedeutung zukommt; gerade die Frage aber nach der größeren Bedeutung der einen oder anderen Beziehung kann vom Standpunkte verschiedener Rechte aus eine verschiedene Beantwortung erfahren. Ist jedes Rechtsverhältniß vor allem bedingt durch die Existenz einer in ihm stehenden Person, so ist von Bedeutung

1) die Beziehung der Person zu einem bestimmten Orte. Eine solche für ihre Rechtsverhältnisse bedeutsame Beziehung kann aber nicht ihre momentane Anwesenheit an einem bestimmten Orte sein, sondern nur ihre Ortsangehörigkeit oder die Eigenschaft eines Ortes als desjenigen, wo sie, sei es rechtlich oder factisch, zu Hause ist, als ihrer rechtlichen oder thatsächlichen Heimat.

2) Insoweit körperliche Sachen der unmittelbare oder mittelbare Gegenstand eines Rechtes sind, ist eine örtliche Beziehung desselben auch durch seinen Gegenstand gegeben; diese örtliche Beziehung ist aber bei beweglichen Sachen eine wechselnde und zufällige, bei unbeweglichen dagegen eine bleibende und wesentliche.

3) Weitere örtliche Beziehungen der Rechtsverhältnisse sind gegeben

a) durch den Ort, an welchem die ihre Entstehung vermittelnden Thatsachen sich vollzogen haben, sodann

b) durch den Ort, an welchem die Forderungen und Verpflichtungen, welche sie begründen, zur Erfüllung gelangen sollen, endlich

c) durch den Ort, an welchem sie geltend gemacht werden. Erscheint dieser an sich als zufällig, so erkennt doch das an ihm geltende Recht schon dadurch, daß es die Gerichte desselben für zuständig erklärt, eine Beziehung des fraglichen Rechtsverhältnisses zu ihm an. In Ermangelung einer sonstigen örtlichen Beziehung von entscheidender Bedeutung kommt, wie wir gesehen haben, das Recht jenes Ortes oder das Recht des entscheidenden Richters zur Anwendung. Während sodann dem Rechte des Erfüllungsortes schon deshalb nur eine beschränkte Bedeutung zukommen kann, weil die meisten Forderungen des Rechtes an verschiedenen Orten erfüllt werden können, so kommt dagegen nach gemeinem Gewohnheitsrechte eine weitgreifende Bedeutung zu dem Orte, welchem das Subject, und demjenigen, welchem das Object des Rechtsverhältnisses angehört, sowie dem Entstehungsorte des Rechtsverhältnisses.

1) In Uebereinstimmung mit der Eigenschaft des forum domicilii als des allgemeinen Gerichtsstandes der Person ist durch die Lehre und Praxis des gemeinen Rechtes das Recht des Wohnortes als das für die Rechtsverhältnisse einer Person im Allgemeinen maßgebende anerkannt worden. Nach römischem Rechte

war die Ortsangehörigkeit theils die rechtliche der origo, welche die Eigenschaft eines civis, theils die factische des domicilium, welche die Eigenschaft eines incola begründete. Während aber das gemeine Recht den Begriff des Wohnsitzes aus dem römischen Rechte übernommen hat, so existirt heutzutage der Begriff des Heimatrechtes nur als particularrechtlicher; soweit die Ortsangehörigkeit der Person das für ihre Verhältnisse geltende Recht bestimmt, ist daher nach gemeinem Rechte schon deshalb die factische Ortsangehörigkeit oder der Wohnsitz entscheidend, weil das gemeine Recht eine andere Ortsangehörigkeit überhaupt nicht kennt.

2) Die lex rei sitae ist von ausschließlicher Geltung in Bezug auf die Rechte an Grundstücken. Für die Rechte an beweglichen Sachen kann ihr dagegen eine schlechthin entscheidende Bedeutung schon deshalb nicht zukommen, weil der Ort, an welchem eine bewegliche Sache zur Zeit sich befindet, sich vielfach gar nicht constatiren läßt. Als ein durch beliebige Zufälle sich bestimmender hat der Ort, an welchem eine bewegliche Sache sich befindet, nur insoweit rechtliche Bedeutung, als eine solche aus dem besonderen Inhalte oder Zwecke der Rechtsnormen sich ergibt, deren Anwendung bezüglich der Sache in Frage steht.

3) In Bezug auf die Form rechtswirksamer Handlungen gilt die Regel: locus regit actum in dem Sinne, daß die Form des am Orte ihrer Vollziehung geltenden Rechtes genügt, jedoch mit Ausnahme der für die Begründung von Rechten an Grundstücken erforderlichen Formen; weitere Ausnahmen können sich ergeben aus dem besonderen Zwecke der Formvorschriften desjenigen Rechtes, in dessen Gebiete das betreffende Verhältniß seine Wirkung äußern soll oder zur Beurtheilung gelangt.

Durch die drei genannten Regeln findet die Frage des für das einzelne Verhältniß maßgebenden Rechtes weder eine allgemeine noch, mit Ausnahme der entscheidenden Bedeutung der lex rei sitae für Rechte an Grundstücken, eine schlechthin bestimmte Beantwortung. Die Aufstellung allgemeiner Grundsätze, aus welchen die Entscheidung bezüglich jedes einzelnen Rechtsverhältnisses sich unmittelbar ableiten ließe, ist aber auch nicht möglich, da die örtlichen Beziehungen eines Rechtsverhältnisses höchst mannigfaltige sein können und die Frage nach der größeren oder geringeren Bedeutung der einzelnen örtlichen Beziehung von der besonderen

positivrechtlichen Normirung des betreffenden Rechtsverhältnisses abhängt. Jene Regeln haben daher nur die Bedeutung von Interpretationsregeln, welche im einzelnen Falle aus der Absicht des Rechtes zu ergänzen und zu berichtigen sind, während in den durch sie nicht berührten Fällen die Frage des anzuwendenden Rechtes lediglich eine Frage der Interpretation des heimischen sowie der in Frage kommenden fremden Rechte ist. Die in dieser Beziehung aus dem besonderen Gegenstande der Normirung, aus dem besonderen Inhalte der Norm, oder aus anderen Besonderheiten des Falles sich ergebenden Schlüsse zu ziehen ist Sache des richterlichen Ermessens.

Während im Uebrigen die maßgebende Bedeutung des einheimischen Rechtes die richterliche Beurtheilung eines Verhältnisses nach fremdem Rechte zwar nicht ausschließt, aber doch nur innerhalb bestimmter Grenzen zuläßt, so gibt es Gründe, aus welchen theils die Beurtheilung nach einem beliebigen fremden Rechte zugelassen, theils jede Berücksichtigung fremden Rechtes ausgeschlossen ist.

1) Soweit dasjenige Recht, welches an sich als das für das betreffende Verhältniß geltende erscheint, seine Regelung der privaten Verfügung überläßt und dasselbe nur in Ermangelung jener regelt, in soweit hat die Beurtheilung nach Maßgabe desjenigen Rechtes zu erfolgen, dessen Geltung der Absicht der Parteien entspricht. Die Frage des der Beurtheilung zu Grunde liegenden Rechtes wird daher hier zu einer Frage der Geschäftsinterpretation, welche der sonst vorliegenden Frage der Gesetzesinterpretation gegenüber dasselbe Verhältniß der Verwandtschaft einerseits, und der Verschiedenheit andererseits aufweist, wie es überhaupt zwischen den zwei Aufgaben der Interpretation von Rechtsnormen und von Rechtsgeschäften besteht.

2) Im Wesen der absoluten, abweichende private Verfügungen ausschließenden Norm liegt die Absicht unbedingter, keineswegs aber ohne Weiteres unbegrenzter Geltung. Diese letztere Absicht besteht aber dann, wenn die Statuirung der betreffenden Norm auf der Auffassung des durch sie ausgeschlossenen Verhältnisses als eines unbedingt verwerflichen, durch keine Besonderheit der geographischen, ethnographischen oder Culturverhältnisse zu rechtfertigenden beruht. Wenn das heimische Recht ein Verhältniß in

dieser Weise als ein schlechthin unzulässiges betrachtet, so würde es mit sich selbst in Widerspruch geraten, falls es ein fremdes, dasselbe anerkennendes Recht irgendwie gelten ließe. Diese Absicht absoluten Ausschlusses der Geltung des fremden Rechtes als eines schlechthin verwerflichen ist aber nie zu vermuten und ist nur denkbar im Verhältnisse verschiedener einander schlechthin fremd gegenüberstehender Rechte. Im Verhältnisse verschiedener Particularrechte, deren Gebiete derselben umfassenderen Rechtsgemeinschaft angehören, ist nie anzunehmen, daß vom Standpunkte des einen Rechtes aus der Inhalt des anderen ein schlechthin unzulässiger sei. Indem hier vielmehr anzunehmen ist, daß das eine Recht die Geltung des anderen innerhalb derselben Grenzen zulasse, innerhalb deren es die gleiche Geltung für sich in Anspruch nimmt, so erscheint hier die Geltung desselben Princips als Consequenz der die Particulargebiete umfassenden Gemeinschaft, dessen Befolgung im Verhältnisse selbständiger, ebenbürtig nebeneinanderstehender Gemeinwesen als Gegenstand völkerrechtlicher Verpflichtung erscheint. Auf der Umwandlung dieses Princips aus einer bloßen Sache völkerrechtlicher Verpflichtung in ein im Gesammtgebiete der internationalen Gemeinschaft unmittelbar kraft dieser geltendes beruht der Gedanke des internationalen Privatrechtes, dessen heutzutage noch in ihren Anfängen begriffene Verwirklichung die Schaffung eines nicht sowohl internationalen als supranationalen gemeinen Rechtes bedeutet.

**Anmerkung.** Für die behandelte Lehre ist durch die Betonung desjenigen Rechtes, dessen Organ der Richter ist, als des in erster Linie maßgebenden und daher auch im Zweifelsfalle zur Anwendung kommenden epochemachend Wächters Abhandlung im civ. Arch. Bd. 24. S. 230 ff., Bd. 25. S. 1 ff. 151 ff. 361 ff. Während der leitende Gesichtspunkt Thöls (Einl. i. d. deutsche P.R. § 71 ff.) derselbe ist, so folgt im Uebrigen die neuere Litteratur vorwiegend den Spuren Savignys, Syst. Bd. 8. S. 8 ff., welcher als die entscheidende Frage diejenige nach dem örtlichen Sitze des zu beurtheilenden Verhältnisses bezeichnet. Anstatt eines bestimmten örtlichen Sitzes sind aber in Wirklichkeit verschiedene örtliche Beziehungen der zu beurtheilenden Verhältnisse zu entdecken, deren größere oder geringere Bedeutung von der besonderen rechtlichen Normirung des fraglichen Verhältnisses abhängt. Wenn daher Roth (Deutsches Privatrecht. I. S. 283) der Theorie Savignys nachrühmt, daß sie allein erschöpfend sei, so ist hier in Wirklichkeit eine erschöpfende Theorie ebenso wenig möglich, als es überhaupt eine erschöpfende Theorie der Inter-

pretation gibt, und die Erkenntniß dieser Unmöglichkeit ist von wesentlicher Bedeutung für die Beurtheilung jedes einzelnen Falles, weil sie den Beurtheiler anweist, jederzeit auf die individuelle Besonderheit des Falles und seiner Normirung zu achten, und nur, so weit jene keine Entscheidung ergibt, dieselbe durch Anwendung einer Regel zu treffen. Lassen uns aber auch diese Regeln im Stiche, weil im gegebenen Falle entweder keine zutrifft oder mehrere gleichmäßig zutreffende miteinander collidiren, so bleibt für den Richter als letzte Aushilfe nur die Anwendung des eigenen Rechtes übrig, dessen subsidiäre Geltung es allein ermöglicht, die Frage des anzuwendenden Rechtes in jedem Falle zu entscheiden.

# Zweiter Theil. Die Elemente der Rechtsverhältnisse.

## Erster Abschnitt. Die Personen.

### I. Begriff und Arten.

§ 18.

Der Begriff der Person ist identisch mit dem Begriffe des Willenssubjectes. Person im Sinne des Rechtes ist dasjenige Wesen, welches das Recht als Willenssubject anerkennt. Der Begriff des Willenssubjectes hat aber für das Recht die doppelte Bedeutung des handlungsfähigen und des rechtsfähigen Wesens. Handlungsfähig ist dasjenige Wesen, welches Subject eines rechtswirksamen Willens ist, rechtsfähig dasjenige Wesen, welches Subject eines vom Rechte geschützten Willens ist. Ist es die rechtlich geschützte Willensbefriedigung, um deren willen das Recht des Einzelnen besteht, so ist es die rechtswirksame Willensbethätigung, durch welche es geltend gemacht wird und welche zugleich sein wichtigster Entstehungsgrund ist, so daß diese zu jener sich verhält als Mittel zum Zwecke. Während aber sowohl Subjecte eines rechtswirksamen als Subjecte eines rechtlich geschützten Willens von allen lebenden Wesen nur Menschen sind, so hat das römische Recht keineswegs alle Menschen als Subjecte eines rechtlich geschützten Willens anerkannt. Indem der Sclave in den Augen des Rechtes nicht um seiner selbst willen existirte, so war er schlechthin Rechtsobject oder Sache und schlechthin keine Person im Sinne eines Rechtssubjectes. Das Verhältniß von Mittel und Zweck aber, welches beim Freien zwischen der eigenen Willensbethätigung und Willensbefriedigung bestand, bestand für den Sclaven zwischen der Bethätigung seines Willens und der Befriedigung des Willens seines Herrn; während daher

der Wille des Sclaven für sich der rechtlichen Bedeutung entbehrte, so begründete er doch Rechte für seinen Herrn, so daß der Sclave gerade durch seine Eigenschaft als Object fremden Rechtes zum handlungsfähigen Wesen wurde.

War aber so der Sclave handlungsfähig, ohne rechtsfähig zu sein, so treten uns andere Menschen entgegen als rechtsfähige, aber handlungsunfähige Wesen. So wenig jedoch die Fähigkeit rechtswirksamen Handelns möglich ist ohne ein Rechtssubject, um dessen willen sie besteht, so wenig ist die Existenz eines Rechtssubjectes denkbar ohne die Möglichkeit rechtswirksamer der Befriedigung seines Willens dienender Handlungen. Wie vielmehr die Handlungsfähigkeit des Sclaven um des ihn beherrschenden Rechtssubjectes willen besteht, so besteht umgekehrt die Rechtsfähigkeit des Handlungsunfähigen nicht ohne die Möglichkeit rechtswirksamer der Befriedigung seines Willens dienender Willensbethätigung einer anderen ihn vertretenden Person.

Der dargelegte Zusammenhang zwischen der Handlungsfähigkeit und der Rechtsfähigkeit wird in der Regel nicht beachtet, betont ist er dagegen von Brinz [1]), welcher aber die Rechtsfähigkeit auf die Handlungsfähigkeit zurückführt als die Fähigkeit, für sich selbst rechtswirksam zu handeln; sie schreibt er als eine juristische auch dem Handlungsunfähigen zu, indem er ihm lediglich die „natürliche" Handlungsfähigkeit abspricht. Die natürliche Handlungsfähigkeit oder die Möglichkeit wirklicher Willensbethätigung läßt sich aber dem Wahnsinnigen oder Kinde nicht absprechen; das Recht erkennt sie nur, weil sie Bethätigung eines unvernünftigen Willens ist, nicht als rechtswirksam an, und wenn es beim Unvernünftigen die Wirkung, welche sonst die eigene Willensbethätigung hat, der Willensbethätigung einer anderen ihn vertretenden Person zuschreibt, so ersetzt es die eigene Handlungsfähigkeit, die es dem Unvernünftigen abspricht, durch die eines anderen für ihn Handelnden, und erklärt damit, daß seine Rechtsfähigkeit allerdings nicht ohne Handlungsfähigkeit, aber auch nicht mit dieser identisch ist.

Kann aber Rechtssubject auch derjenige sein, welcher nicht mögliches Subject rechtswirksamen Handelns ist, so ist doch durch

---

[1]) Pand. 1. Aufl. S. 37. 2. u. 3. Aufl. § 52.

seine Handlungsunfähigkeit auch seine Rechtsfähigkeit modificirt. Aeußert sich die juristische Handlungsfähigkeit durch die rechtliche Wirksamkeit der Willensbethätigung, die Rechtsfähigkeit dagegen durch die rechtliche Geschütztheit der Willensbefriedigung, so besteht zwar diese auch für den Handlungsunfähigen; die rechtliche Unwirksamkeit seiner eigenen Willensbethätigung hat aber zugleich zur Folge, daß die ihm zugeschriebenen Rechte als Mittel fremder um seinetwillen erfolgender Willensbethätigung nicht sowohl der Befriedigung seines W i l l e n s, als der Befriedigung seines durch seinen gesetzlichen Vertreter wahrgenommenen W o h l e s dienen. Ist jede Befriedigung des individuellen Willens als Befriedigung eines durch das Individuum empfundenen Bedürfnisses eine Wahrnehmung des eigenen Wohles, ist sie aber eine wirkliche Realisirung desselben nur, wenn der Wille als ein vernünftiger das eigene Bedürfniß richtig verstanden und ein zum Zwecke seiner Befriedigung wirklich geeignetes Mittel ergriffen hat, so setzt das Recht den Willen des Handlungsfähigen als einen vernünftigen voraus; der rechtliche Schutz seines individuellen Wohles erfolgt daher dadurch, daß das Recht seinen individuellen Willen schützt. Soweit dagegen das Recht dem Individuum einen vernünftigen Willen nicht zutraut und ihm daher anstatt der Anerkennung seiner eigenen Willensbethätigung einen für es handelnden Vertreter beigibt, soweit schützt es sein Wohl dadurch, daß es in Ermangelung eines dem Individuum unmittelbar eigenen vernünftigen Willens denjenigen seines Vertreters als den seinigen behandelt. Der privatrechtliche Schutz individuellen Wohles ist stets zugleich ein Schutz individuellen Willens; indem aber dieser Wille theils der eigene, theils ein solcher fremder Wille ist, welcher rechtlich als derjenige des Individuums gilt, so ist auch die rechtlich gesicherte Befriedigung dieses Willens eine Befriedigung theils derjenigen Bedürfnisse, welche nach dem eigenen Ermessen des Individuums, theils derjenigen, welche nach dem Ermessen seines Vertreters die seinigen sind.

Wie aber die Rechtsfähigkeit des unselbständigen Individuums nur durch die Handlungen des ihm als einem ergänzungsbedürftigen Gliede der Rechtsgemeinschaft durch diese beigegebenen Vertreters sich zu bethätigen vermag, so ist die Selbständigkeit jedes Individuums und seines Willens vermöge seines Verhältnisses zur

Rechtsgemeinschaft und ihrem Willen nur eine relative. Ein schlechthin selbständiges ist weder das rechtliche Dasein der Gemeinschaft als ein durch die Einzelnen und um der Einzelnen willen bestehendes, noch das rechtliche Dasein des Einzelnen als ein durch die Gemeinschaft und um der Gemeinschaft willen bestehendes. Dem Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit des Einzelnen und der Gemeinschaft steht aber zur Seite ein Verhältniß gegenseitiger Unabhängigkeit. Die Gemeinschaft existirt nicht nur durch die Einzelnen als eine durch ihre Vereinigung gebildete und über den Einzelnen als eine sie beherrschende, sondern auch neben den Einzelnen als Subject eigener Bedürfnisse, welche neben den von ihnen verschiedenen gleichartigen Bedürfnissen der Einzelnen in gleicher Weise bestehen, wie die Bedürfnisse eines Individuums neben denjenigen eines anderen. Es können daher durch dieselben Vorgänge, welche Privatrechtsverhältnisse einzelner Menschen begründen, Rechtsverhältnisse gleicher Art auch für das Gemeinwesen entstehen, so daß uns dieses, wie wenn es selbst ein Individuum wäre, als Privatrechtssubject entgegentritt. Das Gemeinwesen wird dadurch zur juristischen Person, welche wir den menschlichen Individuen als den physischen Personen deshalb entgegensetzen, weil die Existenz des Menschen als eines für sich existirenden willensfähigen Wesens in seiner physischen, diejenige der juristischen Person dagegen in ihrer rechtlichen Organisation sich verkörpert. Ist aber in Wirklichkeit das Dasein der Rechtsgemeinschaft kein individuelles als ein Dasein gleicher Art neben demjenigen der einzelnen Rechtsgenossen existirendes, sondern ein solches, an welchem jeder Rechtsgenosse als an einem sein individuelles Dasein beherrschenden und ergänzenden Theil nimmt, so wird die Rechtsgemeinschaft zur juristischen Person oder zum Privatrechtssubjecte dadurch, daß bei der Beurtheilung solcher für das Gemeinwesen zutreffender Thatsachen, welche Ursachen privatrechtlicher Wirkungen sind, von der Besonderheit seines Daseins abgesehen und die gegenseitige relative Unabhängigkeit der Individuen und der Gemeinschaft als eine absolute behandelt wird, so daß die Gemeinschaft behandelt wird, wie wenn sie gleichfalls ein Individuum wäre, daß also ihr sonst als Gemeinwille den Individualwillen beherrschender Wille behandelt wird, wie wenn er ein bloßer Individualwille wäre, und ihre Bedürfnisse, welche an

sich gemeinsame Bedürfnisse ihrer sämmtlichen Theilnehmer sind, behandelt werden, wie wenn sie Bedürfnisse eines für sich bestehenden Individuums wären. Indem es so die Behandlung eines nicht individuellen Daseins als eines individuellen und des Gemeinwillens als eines Individualwillens ist, durch welche das Gemeinwesen zum Privatrechtssubjecte wird, so beruht seine Behandlung als eines solchen auf einer Fiction [1]); wie auch daraus sich ergibt, daß Subject privatrechtlicher Beziehungen nur der Private, das Gemeinwesen also nur insoferne zu sein vermag, als es behandelt wird, wie wenn sein Dasein als ein privates neben dem privaten Dasein anderer Personen bestünde.

Wie aber die Rechtsgemeinschaft selbst, indem sie sich auf den Boden des Privatrechtes begibt, ihr eigenes Dasein als ein individuelles demjenigen der Genossen coordinirtes behandelt, so kann das Recht auch eine private Vereinigung als eine solche anerkennen, deren Dasein als ein eigenes gleich einem individuellen Dasein neben demjenigen ihrer Genossen sowohl als anderer Individuen besteht. Gleich dem Willen der Rechtsgemeinschaft ist jeder Vereinswille ein durch das Zusammenwirken der Genossen entstehender, welcher aber als ein die einzelnen Genossen bindender über ihrem Willen steht. Indem nun das Recht einen Verein als juristische Person behandelt, so erkennt es nicht nur diese die Vereinsgenossen bindende Kraft des Vereinswillens, soweit er dem eigenen Willen der Rechtsgemeinschaft nicht widerspricht, als eine zu Recht bestehende an, sondern es erkennt zugleich an, daß der Vereinswille, welcher an sich für die Vereinsgenossen als ein ihrem

---

[1]) Daß die Behandlung des Gemeinwesens als eines Privatrechtssubjectes auf einer Fiction beruht, zeigt im römischen Rechte die Behandlung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des populus Romanus, bezüglich deren Streit besteht, ob sie eine von Alters her sich von selbst verstehende oder eine erst verhältnißmäßig spät anerkannte gewesen sei. Was allerdings sich stets von selbst verstand und für jedes Gemeinwesen sich von selbst versteht, das war die Willensfähigkeit und damit auch die Vermögensfähigkeit des populus Romanus; daß dagegen der populus Romanus in seiner Eigenschaft als Vermögenssubject ein Privatrechtssubject sei, ist ein Gedanke, den die Römer nie durchgeführt haben; die Durchführung dieses Gedankens im heutigen Rechte wurde vermittelt durch die ursprüngliche Eigenschaft des Fiscus als des Vermögens einer bestimmten individuellen Person (des Kaisers); aus dem Vermögen eines wirklichen Individuums wurde derselbe zum Vermögen des in dieser Eigenschaft eines Vermögenssubjectes als ein (freilich vor anderen Individuen privilegirtes) Individuum behandelten Staates.

eigenen Willen entspringender und ihn beherrschender, für Dritte dagegen überhaupt nicht als ein eigener vom Willen der Vereinsgenossen verschiedener Wille existirt, behandelt werde, als wäre er der Wille einer individuellen, neben den anderen Individuen bestehenden Person. Gleich dem Willen des Vereines erscheint damit das durch ihn wahrgenommene Wohl des Vereines als ein individuelles, von demjenigen aller anderen Personen verschiedenes, und erscheinen die privaten Rechte und Verbindlichkeiten des Vereines als rechtliche Erweiterungen und Beschränkungen eines individuellen, vom Dasein jedes anderen Individuums verschiedenen Daseins; während doch in Wirklichkeit für die Vereinsgenossen als solche der Wille des Vereines kein fremder Wille ist, die Bedürfnisse des Vereines ihre eigenen Bedürfnisse sind, und demgemäß auch an den Rechten und Verbindlichkeiten des Vereines jeder Vereinsgenosse betheiligt ist.

Wie es aber selbständige, der eigenen Willensbethätigung fähige, und unselbständige, der Vertretung durch andere bedürftige und erst durch diese zur Bethätigung ihrer Rechtsfähigkeit gelangende physische Personen gibt, so gibt es auch selbständige und unselbständige juristische Personen. Aus dem Willen der Vereinsgenossen hervorgehend und durch die Rechtsgemeinschaft anerkannt ist doch der Vereinswille ein eigener sowohl vom Willen der einzelnen Vereinsgenossen als von demjenigen der Rechtsgemeinschaft verschiedener Wille, dessen Vertretung durch die Organe des Vereines auf dessen eigener Organisation beruht. Dagegen gibt es auch Vertreter juristischer Personen, deren Vollmacht gleich derjenigen eines Vormundes nicht auf dem eigenen durch die Rechtsgemeinschaft nur anerkannten Dasein der vertretenen Person, sondern auf positiver Fürsorge der Rechtsgemeinschaft beruht. Ist der Wille jeder Gemeinschaft ein aus dem Willen der an ihr betheiligten Individuen nicht nur hervorgegangener, sondern zugleich ein solcher, welcher im Wechsel der zu ihr vereinigten Individuen sich erhält und erneuert, so beruht eine zweite Gattung juristischer Personen auf der Anerkennung eines aus dem Rechtskreise einer Person ausgeschiedenen und nicht in denjenigen einer anderen übergegangenen Vermögens als eines solchen, welches behandelt werden soll, wie wenn es das Vermögen eines eigenen von allen in Wirklichkeit existirenden verschiedenen Individuums wäre.

Während die Behandlung einer Gemeinschaft als einer juristischen Person dasjenige, was an sich Gemeingut ist, als Individualvermögen erscheinen läßt, so wird hier als solches dasjenige behandelt, was an sich herrenloses Gut ist. Wie die Rechtsfähigkeit des unselbständigen Individuums nur durch die Handlungen seines Vertreters sich zu bethätigen vermag und in Ermangelung einer solchen Vertretung nur von eventueller Bedeutung für die zukünftige Zeit ist, in welcher das selbständig gewordene Individuum oder sein Rechtsnachfolger die in der Zeit der Unselbständigkeit ihm angefallenen Rechte geltend zu machen vermag, so ist die Existenz einer unselbständigen juristischen Person für sich nur von eventueller Bedeutung, indem das betreffende Vermögen im Wege der Rechtsnachfolge auf andere Personen übergehen kann, was es an sich als herrenloses Gut nicht könnte; dagegen gelangt ihre gegenwärtige Existenz zu rechtlicher Bedeutung nur durch die Existenz von Vertretern, welche berechtigt und verpflichtet sind, gleich den Vertretern einer wirklichen Person die jener juristischen Person zugeschriebenen Rechte im Dienste der ihr zugeschriebenen Bedürfnisse und die ihr zugeschriebenen Verbindlichkeiten mittelst der ihr zugeschriebenen pecuniären Kräfte wahrzunehmen. Beruht aber die Vertretung einer Gemeinschaft durch ihre Organe auf ihrer eigenen Organisation, so beruht die Vertretung wie die ganze Existenz einer unselbständigen, überhaupt nicht aus eigener Kraft bestehenden juristischen Person auf dem Willen der Rechtsgemeinschaft.

**Anmerkung 1.** Daß das handlungsunfähige Individuum in gleicher Weise Rechtssubject sei, wie das handlungsfähige, glaubt Jhering (Geist d. R. R. § 60) ohne weiteres dargethan durch die Verweisung auf das für jenes wie für dieses bestehende Bedürfniß. Wenn er aber erklärt, je weniger das Individuum für die Befriedigung desselben zu sorgen vermöge, desto mehr sei dies Aufgabe des Staates, so übersieht er, daß die unmittelbare Fürsorge der Gemeinschaft für das Bedürfniß des Einzelnen kein Recht desselben begründet. Wenn er sodann es als selbstverständlich erklärt, daß die Privatrechte Handlungsunfähiger nicht nur ihren unmittelbaren leiblichen, sondern auch höheren Bedürfnissen (z. B. der Erziehung) derselben dienen, so ist doch ein wesentlicher Unterschied zwischen Bedürfnissen, welche ich selbst als die meinigen empfinde, und solchen, welche ein anderer als die meinigen ansieht; dienen die Privatrechte Handlungsfähiger denjenigen Bedürfnissen, welche die Berechtigten selbst als die ihrigen empfinden, diejenigen der Handlungsunfähigen dagegen den-

jenigen, welche ihre Vertreter als die ihrigen ansehen, so dienen sie den Bedürfnissen der Berechtigten in verschiedener Weise.

**Anmerkung** 2. Die hergebrachte, auch in den Quellen (L. 22. D. de fidei. 46, 1) vertretene Lehre, daß die privatrechtliche Persönlichkeit der juristischen Personen eine fingirte ist, hat man namentlich deßhalb angefochten, weil man jede Berechtigung juristischer Fictionen verneint hat. Man hat aber damit die Natur des positiven Rechtes verkannt. Indem die Rechtsfiction gebietet, etwas so zu behandeln, wie wenn es etwas anderes, in Wirklichkeit von ihm verschiedenes wäre, so ist ihre Statuirung allerdings ein Act der Willkür, welcher aber innerhalb des Rechtes insoferne möglich ist, als dieses selbst ein Product der Willkür ist (Ueber die Bedeutung juristischer Fictionen vgl. Hölder im Arch. f. civ. Prax. Bd. 69. S. 221 ff.), was natürlich nicht dahin mißzuverstehen ist, als ob nicht jede Rechtsfiction gleich jeder Bestimmung des positiven Rechtes ihre Gründe hätte. Ohne Annahme einer Fiction ist nun schon die Rechtsfähigkeit des handlungsunfähigen Individuums nicht zu verstehen; schreiben wir ihm Eigenthum, Forderungen und Verbindlichkeiten gleich dem Handlungsfähigen zu, so ist doch unbestreitbar, daß ihm jene Rechte und Verbindlichkeiten nicht in demselben Sinne wie dem Handlungsfähigen zustehen und obliegen. Daß sodann juristische Personen nicht sowohl wirkliche als fingirte Privatrechtssubjecte sind, ist für die unselbständigen juristischen Personen schlechthin unbestreitbar. Wenn man dagegen für Gemeinschaften die Fiction bestritten hat wegen ihrer wirklichen Existenz als beseelter und organisirter Einheiten, so hat man auch hier übersehen, daß der Gemeinwille doch nicht neben dem Einzelwillen als ein ihm coordinirter und das Dasein der Gemeinschaft nicht neben demjenigen der Einzelnen als ein Dasein gleicher Art besteht, daß daher allerdings die in der Behandlung der Gemeinschaft als eines Privatrechtssubjectes enthaltene Gleichstellung ihres Willens und Daseins mit demjenigen der Individuen eine Fiction in sich schließt. Von selbst versteht sich, daß wenn die juristische Person ein fingirtes Privatrechtssubject ist, auch ihre privaten Rechte und Verbindlichkeiten fingirt, d. h. solche Rechtsverhältnisse sind, welche, ohne wirkliche Privatrechte oder Obligationen zu sein, gleich solchen behandelt werden, und zwar selbstverständlich mit den durch das Wesen der juristischen Personen gegebenen Modificationen, wie ja in gleicher Weise die Rechtsverhältnisse eines handlungsunfähigen Menschen nur insoweit gleich den Rechten und Verbindlichkeiten Handlungsfähiger behandelt werden können, als dies nicht durch seine Handlungsunfähigkeit ausgeschlossen ist. Sind so die Rechtsverhältnisse Handlungsunfähiger denjenigen Handlungsfähiger und diejenigen juristischer denjenigen physischer Personen nicht wirklich gleich (wären sie dies, so wäre ihre rechtliche Gleichstellung keine Fiction), so enthält das Gebot, sie soweit als möglich als gleiche zu behandeln, einen Verzicht des Rechtes auf die selbständige Regelung der Rechtsverhältnisse Handlungsunfähiger und juristischer Personen, indem es von der Existenz

handlungsfähiger Individuen als dem Normalfalle ausgeht, nach dessen Analogie die abnormen Fälle der mit dem Dasein handlungsunfähiger Individuen und der überhaupt nicht unmittelbar mit einem individuellen Dasein verknüpften Rechtsverhältnisse zu beurtheilen sind. Den Begriff der juristischen Person durch einen anderen die in jenem liegende Fiction eliminirenden Begriff zu ersetzen, wären wir nur befugt, falls der Inhalt unseres positiven Rechtes als durch einen solchen anderen selbständiger Bestimmung fähigen Begriff beherrscht sich erweisen würde. Daß dem aber nicht so ist, erkennt Brinz, welcher den Begriff der juristischen Person durch denjenigen des Zweckvermögens ersetzt wissen will, selbst an, wenn er erklärt, daß unser Recht „die Rechte und Rechtsgeschäfte des Zweckvermögens dermaßen behandelt, als ob dieses einer Person gehöre" (Pand. 1. Aufl. S. 992). Der Gegensatz des Personenvermögens und des Zweckvermögens läßt sich aber nicht durchführen; im Dienste einer Person steht ein Vermögen als ein ihrem eigenen Willen dienstbares; im Dienste eines Zweckes steht es, wenn es einem diesen Zweck verfolgenden Willen dienstbar ist; wie das Vermögen des Einzelnen seinen durch seinen Willen sich bestimmenden Zwecken, so dient das Vermögen des Gemeinwesens dessen durch den Gemeinwillen sich bestimmenden Zwecken, welche von gleicher Mannigfaltigkeit wie diejenigen des Einzelnen zu sein vermögen. Mit größerem Rechte kann das Vermögen unselbständiger juristischer Personen als Zweckvermögen bezeichnet werden; es ist dies aber im Sinne eines Vermögens, welches nicht nur wie jedes Vermögen bestimmten Zwecken dient, sondern dessen Existenz um bestimmter Zwecke willen angenommen wird, so daß der Begriff des Zweckvermögens richtig verstanden die Fiction, welche durch seine Statuirung beseitigt werden soll, vielmehr in sich schließt.

## II. Die physischen Personen.

### A. Die Existenz der Person.

#### 1. Der Anfang der Existenz.

#### § 19.

Als für sich existirendes Individuum gelangt der Mensch zur Existenz im Momente der vollendeten Geburt oder in demjenigen Zeitpunkte, in welchem seine Ablösung vom Mutterleibe zum Abschlusse gelangt, so daß nie als Person existirt hat das in diesem Momente nicht mehr lebende Wesen [1]). Außerdem statuiren die Römer das weitere Erforderniß der menschlichen Gestalt; die Eigen-

[1]) L. 1. § 1. D. de insp. ventre 25, 4. L. 9 § 1. D. ad l. Falc. 35, 2.

schaft eines Menschen wird aber keineswegs durch jede Abweichung vom normalen Typus der menschlichen Gattung ausgeschlossen und die neuere Wissenschaft erkennt nicht an, daß von einer menschlichen Mutter ein lebendes Wesen geboren werden könnte, welches nicht selbst ein Mensch wäre.

Gelangt aber erst mit der Geburt die Entstehung der Person zum Abschlusse, so kommt eine gewisse rechtliche Bedeutung doch auch dem noch nicht geborenen Kinde zu als einem solchen, welches geboren werden wird. Die privatrechtliche Bedeutung des Embryo ist diejenige eines nasciturus, oder eines Wesens, welches Person zwar noch nicht ist, aber sein wird, so daß seine Persönlichkeit eine eventuelle, oder dadurch, daß es zur lebendigen Geburt kommt, bedingte ist[2]). Kommt es zu dieser, so ist die Persönlichkeit des Neugeborenen eine zwar jetzt erst zur Existenz gelangte, aber schon seit seiner Conception zur zukünftigen Existenz und damit zu derselben rechtlichen Stellung berufene, wie wenn er schon als nasciturus gelebt hätte. Indem die Bedeutung des nasciturus sich hierauf beschränkt, ist es unrichtig, dem Embryo als solchem irgend welche Persönlichkeit zuzuschreiben, sowie die mit der Geburt eintretende Entstehung einer Person auf den Zeitpunkt der Conception zurückzudatiren. Die mit der Geburt sich verwirklichende rechtliche Stellung wird nicht etwa als eine schon vorher verwirklichte, sondern nur als eine solche behandelt, deren spätere Verwirklichung das Recht dadurch ermöglichte, daß es denjenigen Thatsachen, welche im Falle früherer Geburt sie schon früher bewirkt hätten, die Fähigkeit ihrer späteren Bewirkung vorbehielt.

Erfährt aber so schon der Ungeborene eine gewisse Berücksichtigung als eine in der Entstehung begriffene Person, so ist andererseits nicht unbestritten, daß durch jede Geburt eines lebendigen Menschen eine Person entsteht, indem vielfach die Persönlichkeit desjenigen Kindes in Abrede gestellt wird, dessen Beschaffenheit ihm die Fortsetzung des Lebens nicht gestattet. Während man aber seit Savigny[3]) dieses Erforderniß der Vitalität als ein unbegründetes erachtet hatte, so ist dasselbe neuerdings durch

---

[2]) L. 26. D. de statu hom. 1, 5. L. 30. § 1. D. de adq. her. 29, 2. L. 7. pr. D. de reb. dub. 34, 5. L. 231. D. de V. S. 50, 16.

[3]) Syst. II. S. 385 ff.

Waechter[4]) wieder aufgestellt worden. Er unterscheidet zwischen der in einer Abnormität des Individuums begründeten Lebensunfähigkeit und derjenigen, welche ihren Grund hat in der mangelnden Reife des zu früh geborenen Kindes. Im Gegensatze zum fertigen, aber durch eine Abnormität seiner Beschaffenheit den Keim baldigen Todes in sich tragenden Individuum betrachtet er das der Fortsetzung seines Daseins außerhalb des Mutterleibes wegen mangelnder Reife nicht fähige Individuum als ein nicht fertig gewordenes, und den Proceß seiner Entstehung als einen nicht zur Vollendung gelangten, weil durch die verfrühte Geburt vor Erreichung seines Zieles abgebrochenen. Ist aber der Mensch Person als ein individuelles lebendes Wesen, so daß er, um zu einer eigenen Persönlichkeit neben der mütterlichen die seinige bis dahin als Theil der eigenen in sich enthaltenden zu gelangen, nur der vollendeten äußeren Trennung seines Daseins vom mütterlichen und des Lebens im Momente dieser Trennung bedarf, so läßt sich das Erforderniß der Lebensfähigkeit nur aufstellen, indem man ein wegen mangelnder Reife des Individuums der Fortsetzung nicht fähiges Leben nicht als wirkliches Leben betrachtet. Wenn man aber für das Erforderniß der Lebensfähigkeit sich darauf beruft, daß durch abortus keine Person entstehe und daß abortus auch die Geburt eines lebendigen, aber wegen mangelnder Reife nicht lebensfähigen Kindes sei, so setzt dieselbe Verordnung Diocletian's[5]), welche erklärt, daß durch abortus keine Person entstehe, dem Falle desselben den anderen Fall entgegen, daß natus illico descesserit, versteht also unter dem gegentheiligen Falle des abortus lediglich einen solchen, in welchem es zur Geburt eines lebenden Menschen nicht gekommen ist. Dieser Verordnung schließt sich sodann unmittelbar eine solche Justinian's[6]) an, welche die Bedingungen der Entstehung einer Person aufzählt mit den Worten: vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium und mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß diese Bedingungen die einzigen seien, und genau dasselbe wie die Worte: vivus ad orbem totus processit bezeichnen die vorhergehenden si vivus

[4]) De partu vivo non vitali (5 Leipziger Programme 1863—66; in deutscher Zusammenfassung von Fitting, Arch. f. civ. Prax. Bd. 50. S. 1 ff.).

[5]) L. 2 C. de post. 6, 29.

[6]) L. 3 eod.

perfecte natus est; daß sie nicht von einem partus perfectus im Sinne der Vollendung, Fertigkeit oder Reife des geborenen Individuums, sondern lediglich von der Vollendung des Geburtsactes und vom Erfordernisse des Lebens im Momente dieser Vollendung sprechen, zeigt sowohl die sprachliche Fassung dieser Worte als der ganze Zusammenhang der Verordnung.

### 2. Das Ende der Existenz.

#### a) Die Präsumtion des Todes Verschollener.

#### § 20.

Die Existenz des Menschen erlischt durch den Tod; zum Gegenstande rechtlicher Regelung wird die Frage seines Eintrittes durch die Aufstellung von Präsumtionen für den Fall, daß sich nicht constatiren läßt, ob oder wann jemand gestorben ist. Ist es ungewiß, ob eine Person noch lebt, weil sie verschollen ist oder seit längerer Zeit jede Kunde von ihrer Existenz fehlt, so wird unter Umständen ihr Tod wegen seiner überwiegenden Wahrscheinlichkeit vermutet. Die Beurtheilung der Frage, unter welchen Umständen diese Vermutung begründet ist, hatte das römische Recht dem Ermessen des Richters überlassen. Indem es aber als äußerstes Lebensalter das von 100 Jahren bezeichnete[1]), so hat daraus die italienische Doctrin und Praxis eine Rechtsvermutung abgeleitet. Das praktische Bedürfniß früheren Platzgreifens dieser Vermutung hat sodann in Deutschland seit dem 17. Jahrhundert eine an Psalm 90 Vers 10 sich anschließende Rechtsgewohnheit hervorgerufen, welche Verschollene vom Ablaufe ihres 70. Lebensjahres an als todt vermutet; war die Verschollenheit erst nach seinem Ablaufe eingetreten, so ergab dasselbe Schriftwort einen Anhaltspunkt für eine vom Ablaufe des 80. Lebensjahres an platzgreifende Vermutung des Todes; doch konnte sich für diesen Fall wegen seiner Seltenheit eine constante gemeinrechtliche Praxis nicht ausbilden. Bestritten ist, ob mit dieser Vermutung die entgegengesetzte Rechtsvermutung des Lebens bis zum vollendeten 70. Jahre sich verbinde. Aus dem Grunde jener Vermutung ergibt sich dies nicht, da der überwiegenden Wahrscheinlichkeit,

---

[1]) L. 56. D. de usufr. 7, 1.

daß der Verschollene das Alter von 70 Jahren nicht überlebt habe, keineswegs eine gleiche Wahrscheinlichkeit der Erreichung jenes Alters entspricht. Ebenso wenig aber besteht für jene Lebenspräsumtion ein praktisches Bedürfniß; dem Bedürfnisse, der Beurtheilung der durch den Tod des Verschollenen entstehenden Rechtsverhältnisse die Annahme einer bestimmten Todeszeit zu Grunde legen zu können, wird durch die Todespräsumtion in Verbindung damit, daß ein früherer Eintritt des Todes nicht bewiesen werden kann, genügt; dagegen besteht kein Bedürfniß, solche Rechtsverhältnisse, deren Entstehung durch das Leben einer Person bedingt ist, noch als entstanden zu behandeln, wenn die ihre Entstehung begründenden Thatsachen in die Zeit der Verschollenheit fallen.

Der Ablauf des 70. Lebensjahres begründet aber die Vermutung des Todes noch nicht für sich, sondern in Gemäßheit einer im vorigen Jahrhundert ausgebildeten Praxis erst in Verbindung mit gerichtlichen Edictalladungen, durch welche der Versuch gemacht wird, noch Kunde vom Verschollenen zu erlangen; sind diese von Erfolg, so wird dadurch die Wahrscheinlichkeit des Todes des Verschollenen zerstört; sind sie erfolglos, so wird die dadurch noch erhöhte Wahrscheinlichkeit seines Todes durch gerichtliches Urtheil zur Rechtsvermutung erhoben. Kein Zweifel ist nun, daß die Geltung dieser Vermutung als einer Rechtsvermutung erst vom Momente jenes Urtheiles datirt; bestritten ist dagegen, ob durch diese Hinausschiebung ihrer Geltung auch ihr Inhalt sich verändert hat, ob also dieser nun dahin geht, daß der Verschollene vom Zeitpunkte jenes Urtheiles an, und nicht mehr dahin, daß er vom Ablaufe seines 70. Lebensjahres an nicht mehr gelebt habe. Hat aber schon die Verschollenheit in Verbindung mit dem Alter, in welchem der Verschollene, falls er noch lebte, stehen würde, die Wahrscheinlichkeit seines Todes begründet, und ist diese Wahrscheinlichkeit seines bereits eingetretenen Todes durch die Ergebnißlosigkeit der Edictalladungen bekräftigt und erhöht, so ist es diese schon vorher begründete Wahrscheinlichkeit als eine durch die Ergebnißlosigkeit der Edictalladungen bekräftigte, welche das richterliche Urtheil zur Rechtsvermutung oder zu einer solchen erhebt, welche bis zum Beweise des Gegentheiles als Wahrheit gilt. Wäre es das richterliche Urtheil, dessen Zeitpunkt als der vom Verschollenen nicht überlebte gelten würde, so bestünde überhaupt

keine gesetzliche, durch das Urtheil constatirte Präsumtion; es wäre dann sowohl in das Ermessen des Richters gelegt, durch frühere oder spätere Fällung des Urtheils, als in die Willkür der die Edictalladungen und das Urtheil beantragenden Partei, durch frühere oder spätere Antragstellung den entscheidenden Zeitpunkt vorzurücken und hinauszuschieben. Für die declaratorische, den Inhalt der Präsumtion nicht beeinflussende Bedeutung der gerichtlichen Todeserklärung sprechen somit historische, logische und praktische Gründe.

**Anmerkung.** Eine classische Entwickelung des Verschollenheitsrechtes hat Bruns in Bekkers Jahrb. I. S. 90 ff. gegeben. Neuerdings verneint für dasselbe Roth (Deutsches Privatrecht I. S. 340 ff.), welcher die vollständigste Uebersicht der particularrechtlichen Gestaltungen gibt, die Existenz einer gemeinrechtlichen Regel; praktisch gesteht er aber dieselbe zu, indem er erklärt, daß diejenige Gestaltung, welche man als die gemeinrechtliche anzusehen pflegt, seit dem 17. Jahrhundert überall da zur Anwendung kam, wo das Institut nicht gesetzlich geregelt wurde, daß dieselbe daher auch heutzutage noch überall gelte, wo nicht Landesgesetz oder Landesgewohnheit eine andere Behandlung vorschreibe. Zu den zwei den Inhalt der Präsumtion betreffenden Fragen der Lebenspräsumtion und der dem Zeitpunkte der Todeserklärung zukommenden Bedeutung nimmt neuestens Dernburg (Pand. I. § 51), welcher sonst Roth folgt, den Standpunkt ein, daß er die declaratorische Natur der Todeserklärung deshalb verneint, weil die ursprüngliche Präsumtion nur eine Präsumtion des Lebens bis zum 70. Jahre, also überhaupt keine Todespräsumtion gewesen sei! Die gemeinrechtliche Praxis hat an der declaratorischen Natur der Todeserklärung festgehalten, dagegen nicht an der früher von ihr angenommenen Lebenspräsumtion (vgl. Roth a. a. O. Anm. 125 und 160).

### b) Das Verhältniß der Todeszeit verschiedener Personen.

### § 21.

Bezüglich des gegenseitigen zeitlichen Verhältnisses mehrerer Todesfälle statuirt das römische Recht die Präsumtion, daß der Tod des Ascendenten eingetreten sei vor demjenigen eines bereits zur pubertas gelangten und nach demjenigen eines unmündigen Descendenten [1]). Diese Präsumtion darf nicht über das Verhältniß der Ascendenten und Descendenten hinaus ausgedehnt werden. Der Wahrscheinlichkeitsschluß vom Altersverhältnisse auf das Verhältniß der Widerstandsfähigkeit gegen Lebensgefahren, auf welchem

[1]) L. 9. 22, 23. D. de reb. dub. 34, 5.

jene Präsumtion beruht, trifft zwischen Ascendenten und Descendenten wegen der wahrscheinlichen Gleichartigkeit ihrer Constitution eher zu als sonst, und wenn die Präsumtion unter Mündigen dem Jüngeren eine größere Widerstandskraft zutraut als seinem mindestens um eine Generation älteren Ascendenten, so ergibt sich daraus in keiner Weise eine allgemeine Vermutung für den Fall einer beliebigen Altersdifferenz.

Bestritten ist, ob jene Vermutung sich beschränkt auf den Fall des durch eine gemeinschaftliche Gefahr veranlaßten Untergangs. Die Quellen gedenken theils einer solchen, ohne jedoch die Präsumtion ausdrücklich auf ihren Fall zu beschränken, theils nur eines gleichmäßigen Unterganges des Ascendenten und Descendenten. Eine Wahrscheinlichkeit früheren oder späteren Unterganges begründet aber die geringere oder größere Lebenskraft nur für den Fall gleicher, das Leben bedrohender Gefahr. Es genügt der Nachweis des Unterganges zu einer Zeit, zu welcher dieselbe Gefahr das Leben Beider bedrohte; der Nachweis, daß es gerade dieser Gefahr wirklich erlegen ist, kann deßhalb nicht gefordert werden, weil die Ungewißheit der Todeszeit die Kenntniß der Umstände, unter welchen der Tod erfolgte, in der Regel ausschließt. Sind dagegen Beide zwar innerhalb desselben Zeitraumes, aber nachgewiesenermaßen unter verschiedenen Umständen gestorben, indem z. B. innerhalb desselben Zeitraumes der eine ermordet wurde und der andere eines natürlichen Todes starb, so ist der Grund, auf welchem die Präsumtion beruht und damit sie selbst ausgeschlossen, wie auch in diesem Falle von einem gleichmäßigen Versterben Beider nicht die Rede sein kann.

Läßt sich das gegenseitige Zeitverhältniß verschiedener Todesfälle nicht feststellen, so können die durch ein solches bedingten rechtlichen Wirkungen nicht eintreten; von ihnen sind aber diejenigen rechtlichen Wirkungen zu unterscheiden, welche durch ein solches zeitliches Verhältniß vielmehr ausgeschlossen werden. Ob das eine oder das andere der Fall sei, ist eine Frage der Auslegung der betreffenden gesetzlichen oder privaten Normirung; ist z. B. eine rechtliche Wirkung davon abhängig, daß von mehreren Personen eine zuletzt versterbe, so ist es eine Frage der Auslegung, ob als zuletzt verstorben nur diejenige Person anzusehen ist, vor welcher die anderen verstorben sind, oder jede, welche nicht selbst

vor den anderen gestorben ist; sind die mehreren Personen gleichzeitig gestorben oder gelten sie, weil sich das gegenseitige zeitliche Verhältniß ihres Todes nicht feststellen läßt, als gleichzeitig verstorbene, so gilt im ersten Falle keine, im zweiten dagegen jede als zuletzt verstorben[2]).

### 3. Der Ort der Existenz.

D. Ad municipalem et de incolis 50, 1. C. de incolis 10, 40.

### § 22.

In räumlicher Beziehung ist das Dasein der Person zwar an einen bestimmten Ort nicht gebunden, es ist aber von rechtlicher Bedeutung ihr Wohnort als der räumliche Mittelpunkt ihres individuellen Daseins. Ihren Wohnsitz oder ihr domicilium hat die Person an dem Orte ihrer ständigen Niederlassung oder Ansiedelung[1]). Im Gegensatze zum bloßen Aufenthalte an einem Orte hat sich die Person an demselben niedergelassen oder angesiedelt, wenn sie ihn sich erwählt hat als denjenigen Ort, an welchem sie in Ermangelung besonderer zur Betretung anderer Orte sie bewegender Gründe sich aufhält. Eine ständige ist nicht die bloß versuchsweise oder zeitweilige Niederlassung oder Ansiedelung; jene ist eine wegen mangelnder Entschiedenheit der betreffenden Absicht überhaupt noch nicht feststehende; diese ist eine von vornherein mit der Absicht ihrer späteren Aufhebung verbundene. Wie dagegen der Begriff der Niederlassung durch die Absicht beständigen oder auch nur vorwiegenden Aufenthaltes am Orte derselben nicht bedingt ist, so ist der Begriff der ständigen Niederlassung nicht bedingt durch die positive Absicht, dieselbe nicht wieder aufzuheben; wie vielmehr die Wahl eines Wohnortes die Absicht nicht ausschließt, während beliebiger Zeit an beliebigen anderen Orten sich aufzuhalten, sobald ein Grund dazu vorliegt, so schließt sie ebenso wenig die Absicht aus, zu beliebiger Zeit aus beliebigen Gründen den erwählten Wohnsitz wieder aufzugeben. Die Absicht der ständigen Niederlassung an einem Orte kann der thatsächlichen Niederlassung vorausgehen,

---

[2]) L. 26. D. m. c. don. 39, 6. L. 11. pr. D. p. sec. tab. 37, 11.
[1]) L. 203. D. de V. S. 50, 16. L. 7. § 1 C. ht.

welchenfalls erst diese als Realisirung jener Absicht den Wohnsitz begründet; die Absicht kann aber auch der thatsächlichen Niederlassung nachfolgen, welche sie durch ihr Hinzutreten in eine ständige verwandelt. Indem diese nachträgliche Absicht der Erklärung nicht bedarf, so bethätigt sie sich insbesondere durch die Fortdauer der Niederlassung. Nicht nur wird die versuchsweise Niederlassung durch ihre längere Dauer zur entschiedenen, sondern es erscheint auch die Fortsetzung der zeitweiligen Niederlassung nach Ablauf der Zeit, für welche sie beabsichtigt war, oder der Zwecke, um deren willen sie erfolgte, je länger sie dauert, als ein um so sichereres Kennzeichen der Absicht ständiger Niederlassung. Wenn daher Hadrian[2]) verordnet hat, daß die studiorum causa an einem Orte Weilenden daselbst ihren Wohnsitz haben, wenn sie decem annis transactis eo loci sibi sedes constituerunt, so fehlt es nicht nur an jedem Grunde, diese Bestimmung mit Dernburg (Pand. I., S. 102, Anm. 3) für „nicht gemeinrechtlich" zu erklären, sondern dieselbe ist auch keine singuläre und darum der analogen Anwendung auf andere Fälle fähig.

Der Begründung eines Wohnsitzes ist entgegengesetzt seine Aufhebung. Dieselbe erfolgt nicht etwa schon durch die Absicht sofortiger oder späterer Aufhebung der Niederlassung, sondern erst durch die thatsächliche Vollziehung ihrer Aufhebung[3]), durch welche der bisherige Wohnort verlassen wird in der Absicht ohne besondere Gründe nicht wieder dahin zurückzukehren.

Eine Person kann sowohl gar keinen als auch einen mehrfachen[4]) Wohnsitz haben. Im ersteren Falle wird für die durch den Wohnsitz sich bestimmenden rechtlichen Beziehungen in Ermangelung eines gegenwärtigen Wohnsitzes vielfach ihr letzter Wohnsitz als entscheidend behandelt. Im Falle des mehrfachen Wohnsitzes kann die Bedeutung der verschiedenen Wohnorte theils eine gleiche, theils eine nach Zeiten oder Zwecken verschiedene sein, so daß für den einzelnen Fall nur ein Wohnort in Betracht kommt, so z. B., wenn der eine der Ort der sommerlichen, der andere derjenigen der winterlichen, oder der eine derjenige der geschäft-

---

[2]) L. 2. pr. C. h. t.
[3]) L. 20. D. h. t.
[4]) L. 5. l. 27. § 2. D. h. t.

lichen oder amtlichen, der andere derjenige der häuslichen oder privaten Niederlassung ist.

Unabhängig von seinem Willen hat aus öffentlich rechtlichen Gründen der im dauernden öffentlichen Dienste Befindliche seinen Wohnsitz am Orte der Dienstleistung [5]) sowie aus familienrechtlichen Gründen die Ehefrau ihren Wohnsitz am Wohnorte des Ehemanns [6]), während Kinder bis zu erlangter Selbständigkeit den Wohnsitz der Eltern, oder als uneheliche Kinder der Mutter theilen.

### B. Die rechtliche Stellung der Person.

#### 1. Das Verhältniß zur Rechtsgemeinschaft.

#### § 23.

Die rechtliche Stellung der einzelnen Person beruht theils auf ihrem Verhältnisse zur Rechtsgemeinschaft, theils auf dem Zusammenhange ihrer Individualität mit derjenigen anderer Personen, theils auf individuellen Eigenschaften. Durch die Theilnahme des Menschen an der Rechtsgemeinschaft ist seine Privatrechtsfähigkeit bedingt; trotz dieser kann aber durch sein individuelles Verhältniß zu anderen Personen, an deren Individualität die seinige theilnimmt, seine privatrechtliche Unabhängigkeit ausgeschlossen sein, und er kann außerdem der privatrechtlichen Selbständigkeit als ein kraft seiner individuellen Beschaffenheit derselben unfähiger entbehren. Die wichtigsten Verschiedenheiten der Personen begründeten daher nach römischem Rechte die Gegensätze der Rechtsfähigen und der Rechtlosen, oder der Freien und Unfreien (liberi und servi), der privatrechtlich Unabhängigen und der Abhängigen, oder der Hausherren und Hausunterthanen (homines sui und alieni iuris), endlich der privatrechtlich Selbständigen und der Unselbständigen oder der Ergänzung ihres individuellen Daseins durch Bevormundung Bedürftigen (Gai. I. 9, 48, 142). Von diesen Gegensätzen gehören aber die zwei ersten unserem Rechte nicht mehr an, da dasselbe die Privatrechtsfähigkeit jedem Menschen zugesteht und da das Verhältniß der Hausunterthänigkeit oder des Hauskindes zum Haus-

---

[5]) L. 23. § 1. D. h. t. l. 8. C. h. t.

[6]) L. 22. §. 1. D. h. t.

vater die rechtliche Stellung des Hauskindes gegenüber dritten Personen nicht mehr berührt, so daß der Begriff des Hauskindes nur noch ein mit dem Inhalte der väterlichen Gewalt sich deckendes familienrechtliches Verhältniß desselben zum Hausvater bezeichnet; dagegen ist die Verwandtschaft mit anderen Individuen als solche ein Verhältniß ohne unmittelbaren rechtlichen Inhalt, aber von rechtlicher Bedeutung.

Gleichwie nun heutigen Tages an der Rechtsgemeinschaft jeder Mensch insoweit Theil nimmt, daß er Privatrechtssubject ist, so ist auch nach gemeinem Rechte die Privatrechtsfähigkeit verschiedener Menschen im Allgemeinen dieselbe. Während insbesondere das römische Recht die volle Privatrechtsfähigkeit nur dem römischen Bürger, sowie in seiner letzten Periode nur dem rechtgläubigen Christen zugestand, so ist nunmehr die Bedeutung der Religionsgemeinschaft für das Privatrecht schlechthin beseitigt durch ein zum Gesetze des Deutschen Reiches gewordenes Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 3. Juli 1869. Soweit sodann die Staatsangehörigkeit noch privatrechtliche Verschiedenheiten begründet, so wurzeln dieselben nicht im römischen Rechte und für die Angehörigen des Deutschen Reiches ist jede Bedeutung der Angehörigkeit zu verschiedenen Staaten desselben beseitigt durch § 3 der Reichsverfassung. Soweit sodann im heutigen Rechte noch Standesverschiedenheiten eine privatrechtliche Bedeutung haben, geht dieselbe gleichfalls nicht auf das römische Recht zurück mit Ausnahme der rechtlichen Bevorzugung des Soldatenstandes, dessen Begrenzung das öffentliche Recht (s. insbesondere Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 38) bestimmt.

Nicht auf einem Verhältnisse zur Rechtsgemeinschaft, sondern auf der sittlichen Würde des Individuums und ihrer Anerkennung durch die bürgerliche Gesellschaft beruht der Begriff der bürgerlichen Ehre oder derjenigen Achtung, welche jedem Mitgliede der bürgerlichen Gesellschaft als solchem zukommt. Diese Achtung kann aber durch unwürdiges Verhalten gemindert sein, und dem dadurch begründeten Zustande befleckter Ehre kann dadurch eine rechtliche Bedeutung zuerkannt sein, daß gewisse Rechte vom Besitze unbefleckter Ehre oder von der gesellschaftlichen Anerkennung der sittlichen Integrität der Person abhängig gemacht werden, wodurch der Besitz ungeschmälerter Ehre zur Bedingung ungeschmälerter Theilnahme an der

Rechtsgemeinschaft erhoben wird. Diese Anerkennung zu gewähren oder zu versagen ist Sache desjenigen Organes der Rechtsgemeinschaft, von dessen Ermessen die Anerkennung der betreffenden Rechte abhängt. Es können aber auch durch abstracte Rechtsnorm die Voraussetzungen fixirt sein, unter welchen die Existenz einer Ehrenminderung von bestimmter rechtlicher Bedeutung anzunehmen ist, wodurch die Frage ihres Vorliegens zur Rechtsfrage und der Begriff der Ehrenminderung aus einem Begriffe von rechtlicher Bedeutung zum rechtlich bestimmten Begriffe oder selbst zum Rechtsbegriffe wird. Im römischen Rechte hatte schon das Zwölftafelgesetz bestimmte Gründe der Ehrenminderung fixirt, während es im übrigen Sache der einzelnen Obrigkeiten war, innerhalb ihres Amtskreises nach eigenem Ermessen Personen von befleckter Ehre von solchen Rechten, deren sie unwürdig erschienen, auszuschließen. Indem aber der Prätor die ihn hiebei leitenden Grundsätze durch sein Edict bekannt machte und dadurch sich selber an ihre Beobachtung band, und indem diese Grundsätze des prätorischen Edictes eine über den Amtskreis des Prätors hinausreichende und vom Willen des jeweiligen Prätors unabhängige Bedeutung erlangten, so entstand dadurch der Rechtsbegriff der infamia, oder der von Rechtswegen eintretenden Ehrenminderung, zu deren edictalen Gründen die Kaisergesetzgebung weitere hinzufügte. [1]) Dieselbe war aber nicht die einzige Ehrenminderung von rechtlicher Bedeutung; vielmehr kam eine solche auch dem weiteren Begriffe der ignominia zu und zwar in der Weise, daß gerade die privatrechtliche, übrigens nur geringe Bedeutung der Ehrenminderung sich nach justinianischem Rechte schon mit dieser verbindet. Für das Privatrecht unterschied sich daher jetzt die infamia von sonstiger Ehrenminderung nur noch dadurch, daß die Existenz einer solchen in den Fällen der infamia von Rechtswegen feststand, während die Annahme einer solchen aus anderen Gründen dem Ermessen des Richters anheimfiel. Die Bedeutung der ignominia oder der thatsächlichen Bescholtenheit gehört nun unstreitig auch noch dem gemeinen Rechte an; die bestrittene Frage dagegen, inwieweit der römische Begriff der infamia in dasselbe übergegangen sei, ist für die Gegenwart erledigt durch das Reichsstrafgesetzbuch,

[1]) Ueber die infamia s. Hölder, Institutionen. 2. Aufl. § 46. II.

nach welchem eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nur noch durch Strafurtheil erfolgen kann, so daß ihre Voraussetzungen dem Strafrechte angehören. Selbstverständlich begründet aber die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zugleich diejenigen rechtlichen Wirkungen, welche schon der bloßen Bescholtenheit zukommen, da es dem Richter nicht zusteht, eine Person als unbescholten zu behandeln, welcher mit den bürgerlichen Ehrenrechten der Besitz unbefleckter Ehre rechtskräftig aberkannt ist[2]).

## 2. Die Verwandtschaft und Affinität.

J. De gradibus cognationis 3, 6. D. De gradibus et adfinibus et nominibus eorum 38, 10.

### § 24.

Verwandtschaft ist der individuelle Zusammenhang verschiedener Personen, welcher darauf beruht, daß entweder das individuelle Dasein der einen aus dem individuellen Dasein der anderen, oder das individuelle Dasein Beider aus dem individuellen Dasein derselben dritten Person unmittelbar oder mittelbar hervorgegangen ist[1]). Man unterscheidet daher das Verhältniß der Ascendenten und Descendenten, oder die Verwandtschaft in gerader Linie, und das Verhältniß der Collateralen, oder die Verwandtschaft in der Seitenlinie[2]). Die Seitenverwandtschaft ist entweder eine gleiche, zwischen solchen Seitenverwandten, welche derselben Generation angehören, oder eine ungleiche. Die Verwandtschaft kann auch eine mehrfache sein, indem entweder eine Person von der anderen mehrfach, durch Vermittelung verschiedener dritter Personen, abstammt oder der einen Person mit der anderen die Abstammung von verschiedenen dritten Personen gemeinsam ist[3]). Während aus dem ersten Grunde eine mehr-

---

[2]) A. M. Mandry Civilr. Inh. der Reichsgesetze. 3. Aufl. S. 25, obgleich er selbst darauf aufmerksam macht, daß Constantin in L. 27. C. de inoff. test. 3, 28 „den Infamen ohne weiteres als persona turpis behandelt"; diese Behandlung folgt aber notwendig aus dem Verhältnisse des Rechtes und des richterlichen Ermessens als eines nur innerhalb der durch jenes gezogenen Grenzen freien.

[1]) L. 1. § 1 D. unde cognati. 38, 8.

[2]) pr. J. h. t. L. 1 pr. D. h. t. L. 68. D. de ritu nupt. 23, 2.

[3]) L. 10. § 14. D. h. t.

fache Verwandtschaft auch in gerader Linie möglich ist, so kann eine solche aus dem zweiten Grunde nur in der Seitenlinie entstehen. Ein besonderer Fall dieser Art der mehrfachen Seitenverwandtschaft ist die vollbürtige oder auf der Abstammung mehrerer von demselben Paare beruhende, welcher man die auf der gemeinsamen Abstammung von einer Person beruhende als halbbürtige entgegensetzt. Die sog. halbbürtige Seitenverwandtschaft ist also identisch mit der einfachen oder einseitigen, während die vollbürtige von anderen Fällen der mehrfachen Verwandtschaft als die ursprünglichste auf dem Wesen der Abstammung beruhende Form derselben sich unterscheidet; stammt der Mensch von einem Elternpaare und daher vom einzelnen Elterntheile nur zur Hälfte ab, so ist die zwischen Seitenverwandten bestehende Gemeinschaft der Abstammung eine volle nur als Abstammung von demselben Elternpaare.

Die Verwandtschaft ist eine solche ersten Grades im Falle unmittelbarer Abstammung des einen Verwandten vom anderen, während jedes die Gemeinschaft der Abstammung vermittelnde Zwischenglied die Verwandtschaft als eine um einen Grad entferntere erscheinen läßt; die nächste Seitenverwandtschaft ist daher diejenige zweiten Grades[4]). Durch diese Zählung unterscheidet sich die römische von der sog. canonischen oder germanischen Berechnung, welche die Grade oder Glieder vom gemeinsamen Stammvater aus (im Falle der ungleichen Seitenverwandtschaft bis zum entfernteren Descendenten) zählt.

Die Abstammung, auf welcher die Verwandtschaft beruht, ist eine verschiedene als Abstammung des Erzeugten vom Erzeuger und des Kindes von der Mutter. Indem es das mütterliche Dasein ist, aus welchem dasjenige des Kindes unmittelbar hervorgeht, so begründet die Abstammung von der Mutter als eine schlechthin unmittelbare und der unmittelbaren Wahrnehmung zugängliche das Verhältniß der Verwandtschaft ohne weiteres. Wie dagegen das Dasein des Erzeugten aus dem Dasein des Erzeugers nicht unmittelbar hervorgeht, so entzieht sich auch die Abstammung vom Erzeuger der unmittelbaren Wahrnehmung. Indem nun einerseits die Abstammung des Kindes von diesem bestimmten Vater durch

---

[4]) L. 10 § 9. sq. D. h. t.

dessen geschlechtliche Verbindung mit der bestimmten Mutter des Kindes bedingt ist, während andererseits diese Verbindung ein Kennzeichen jener Abstammung nur in Ermangelung einer gleichen Verbindung der Mutter mit anderen Männern ist, so vermittelt sie eine rechtsgiltige Verwandtschaft nur als rechtswirksame Geschlechtsverbindung oder Ehe, welche von Rechtswegen jede geschlechtliche Verbindung mit anderen Männern ausschließt. Im Gegensatze zur Mutter und ihren Verwandten ist daher mit dem Erzeuger und seinen Verwandten nur das eheliche Kind verwandt. Als eheliches gilt aber jedes von einer Ehefrau empfangene Kind, es wäre denn nachgewiesen, daß es nicht vom Ehemanne erzeugt sein kann. Zugleich gilt wegen der Schwierigkeit des Beweises der Conceptionszeit als ein während der Ehe empfangenes jedes Kind, welches frühestens am 182sten Tage seit der Eingehung der Ehe und spätestens am 300sten seit der Auflösung der Ehe geboren ist. Im Gegensatze zur Präsumtion der Erzeugung des während der Ehe empfangenen Kindes durch den Ehemann ist gegen diese Präsumtion der Conception während der Ehe ein Gegenbeweis in den Quellen nirgends zugelassen und daher auch nicht als zulässig anzunehmen; ist es doch mindestens fraglich, ob je die Unmöglichkeit der Conception während der Ehe im Falle der Geburt innerhalb der angegebenen Zeit mit voller Sicherheit bewiesen werden kann[5]).

Nach ursprünglichem römischem Rechte war die durch Abstammung vom Vater begründete und durch dessen eheliche Verbindung mit der Mutter vermittelte Verwandtschaft eine solche, deren Bedeutung weit hinausging über diejenige der durch Abstammung von der Mutter begründeten Verwandtschaft[6]). Zugleich aber konnte jene Verwandtschaft oder die adgnatio im Gegensatze zur cognatio durch Rechtsact sowohl begründet als aufgelöst werden, welche Auflösung im Falle der durch Rechtsact entstandenen Agnation die Verwandtschaft schlechthin zerstörte,

---

[5]) L. 12. D. de statu hom. 1, 5. L. 3. § 11, 12. D. de suis 38, 16. Wenn Stintzing in Iherings Jahrb. 9. S. 416 ff. den Satz der L. 5. D. de in ius voc. 2, 4: pater .. is est, quem nuptiae demonstrant, auf jedes von einer Ehefrau geborene Kind erstreckt, so verkennt er den Grund der für die Erzeugung durch den Ehemann sprechenden Präsumtion, welcher nur bezüglich eines wirklich oder präsumtiv während der Ehe erzeugten Kindes zutrifft.

[6]) L. 10. § 4. D. ht.

dagegen im Falle der durch eheliche Abstammung begründeten Verwandtschaft ihr die Bedeutung der cognatio beließ. Das justinianische Recht kennt dagegen in Ansehung ihrer rechtlichen Bedeutung nur noch eine Art der Verwandtschaft, da in ihm die cognatio der vollen Bedeutung der agnatio theilhaft geworden ist; dagegen unterscheidet sich die durch Rechtsact begründete oder juristische von der leiblichen Verwandtschaft durch die Möglichkeit ihrer Auflösung durch Rechtsact. Wenn heutzutage noch von Agnaten als einer besondern Classe von Verwandten von besonderer rechtlicher Bedeutung gesprochen wird, so handelt es sich um einen nicht im römischen Rechte wurzelnden Begriff des deutschen Rechtes.

In einzelnen Beziehungen nimmt an der rechtlichen Bedeutung der cognatio auch die affinitas theil, welche zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des anderen, dagegen nicht zwischen den beiderseitigen Verwandten besteht [7]) und deren Nähe sich durch den Grad bestimmt, in welchem der Ehegatte des einen affinis mit dem anderen verwandt ist. Unser Sprachgebrauch bezeichnet die Affinität zwischen dem einen Ehegatten und den Ascendenten des anderen nebst ihren Nachkommen als Verschwägerung, dagegen diejenige zwischen dem einen Ehegatten und den Descendenten des anderen als Stiefverwandtschaft. Zugleich hält er aber die Grenze des Affinitätsbegriffes nicht fest, indem er als Schwäger auch die Ehegatten von Geschwistern bezeichnet und auch Stiefgeschwister kennt; unter letzteren versteht er theils Halbgeschwister, denen gegenüber nicht Affinität, sondern Verwandtschaft besteht, theils die Kinder der Stiefeltern, denen gegenüber weder Verwandtschaft noch Affinität besteht. Das Verhältniß der Affinität erlischt durch Auflösung der es vermittelnden Ehe, welche aber nicht jede Nachwirkung desselben ausschließt.

### 3. Individuelle Eigenschaften.

### § 25.

Die verschiedene Beschaffenheit der Individuen ist als solche von rechtlicher Bedeutung theils vermöge der gattungsmäßigen Verschiedenheiten des Geschlechtes und Alters, theils vermöge individueller Abnormität.

---

[7]) L. 4. § 3. D. h. t.

Während der Unterschied des Geschlechtes nach neuestem römischem und heutigem Rechte nur noch in bestimmten einzelnen Beziehungen von privatrechtlicher Bedeutung ist, so ist von wesentlicher Bedeutung das jugendliche Alter als ein der rechtlichen Selbständigkeit entbehrendes. Während der infans bis zum vollendeten siebenten Lebensjahre dieser schlechthin entbehrt, so trat nach römischem Rechte ursprünglich die volle privatrechtliche Selbständigkeit mit der pubertas [1]) ein; das weibliche Geschlecht, bei welchem dieselbe ursprünglich wegen seines Ausschlusses von der vollen rechtlichen Selbständigkeit hauptsächlich die Bedeutung der Ehemündigkeit hatte, erreichte dieselbe mit vollendetem zwölftem Lebensjahre, während sie für das männliche Geschlecht schließlich auf den Termin des vollendeten vierzehnten Lebensjahres fixirt wurde. Innerhalb der puberes gewann aber der Gegensatz der minores und maiores viginti quinque annis [2]) eine Bedeutung, welche vermöge der neueren Entwickelung der Altersvormundschaft als einer gleichmäßig bis zur Volljährigkeit sich erstreckenden den Gegensatz der Volljährigen und der Minderjährigen nach gemeinem Rechte als einen solchen erscheinen läßt, durch welchen der Gegensatz der puberes und impuberes in den Hintergrund gedrängt ist. Der heutige Sprachgebrauch versteht denn auch vorwiegend die Entgegensetzung der Mündigen und der Unmündigen im Sinne einer Entgegensetzung der Minderjährigen als der unter Vormundschaft Stehenden und der Volljährigen als der von ihr Befreiten. Das Alter der Volljährigkeit ist aber durch Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 auf das zurückgelegte 21. Lebensjahr herabgesetzt. Im einzelnen Falle kann dasselbe noch weiter herabgesetzt werden durch landesherrliche Ertheilung der venia aetatis und zwar beim männlichen Geschlechte bis auf das zurückgelegte 20., beim weiblichen bis auf das zurückgelegte 18. Lebensjahr [3]).

Der rechtlichen Selbständigkeit entbehrt sodann schlechthin der Wahnsinnige [4]), während der Verschwender [4]) derselben durch

---

[1]) pr. D. quib. mod. tut. 1. 22.

[2]) pr. J. de curatorib. 1, 23.

[3]) L. 2, 3. C. de his, qui veniam. 2, 45.

[4]) L. 5, 40. D. de. R. J. 50, 17. § 3 J. de curatorib. § 2. J. quib. non est perm. 2, 12.

obrigkeitliche Verfügung beraubt werden kann, um ihn oder die Seinigen vor der ihnen durch seine Verschwendung drohenden Verarmung zu schützen.

## III. Die juristischen Personen[1]).

D. quod cuiuscumque universitatis nomine 3, 4.

### 1. Die verschiedenen Arten juristischer Personen.

§ 26.

Während die ursprünglichste aller juristischen Personen die Rechtsgemeinschaft selbst ist, so wurzelt die Existenz der übrigen juristischen Personen theils im Dasein der Rechtsgemeinschaft, theils in demjenigen der Individuen, so daß sie theils öffentlichrechtlichen theils privatrechtlichen Ursprunges sind.

Indem der Rechtsgemeinschaft eine Reihe anderer Gemeinschaften untergeordnet ist, deren rechtliches Dasein einerseits einen Bestandtheil ihres eigenen Daseins bildet, andererseits dagegen zugleich innerhalb bestimmter Grenzen ein selbständiges ist, so können auch solche Gemeinschaften, insbesondere die Gemeinden im weitesten Sinne des Wortes, in welchem man ja auch z. B. von Kreis- und Provinzialgemeinden spricht, als eigene Privatrechtssubjecte fungiren. Indem sodann den einzelnen Organen der Gemeinschaft gleichfalls eine bestimmte rechtliche Selbständigkeit zukommt, so können auch diese Organe als eigene Privatrechtssubjecte fungiren, als welche dann nicht etwa die mit der betreffenden Vertretung der Gemeinschaft betrauten Individuen erscheinen, sondern die betreffenden Behörden oder Anstalten als

---

[1]) Die Lehre von den juristischen Personen hat seit Savigny Syst. II. S. 235 ff. ihre eingehendste Behandlung durch Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 979—1150) erfahren. Während dieser an ihre Stelle das Zweckvermögen setzt, so hat neuestens wieder Bolze (der Begriff der jurist. P. 1879) versucht, die juristische Person einer früher herrschenden Ansicht gemäß mit der Vereinigung verschiedener physischer Personen zu identificiren. Eine Uebersicht der verschiedenen über das Wesen der juristischen Personen aufgestellten Theorien gibt Zitelmann (Begr. u. Wesen der sog. jur. Pers. 1873); sowohl für das römische Recht, als insbesondere für seine mittelalterliche Fortbildung ist von Bedeutung das äußerst reichhaltige Buch von Gierke (das deutsche Genossenschaftsr., insbesondere III. 1881), welcher aber das Wesen der Verbände als solcher und ihre Eigenschaft als Privatrechtssubjecte nicht gehörig auseinanderhält.

relativ selbständige Verkörperungen des Gemeinwillens, welche gleich dem Gemeinwesen selbst innerhalb der ihnen als Privatrechtssubjecten zugeschriebenen Sphäre so behandelt werden, wie wenn sie Individuen wären. Wäre die Eigenschaft des Gemeinwesens als eines Privatrechtssubjectes nicht überhaupt eine fingirte, auf der Behandlung des Gemeinwillens als eines individuellen Willens beruhende, so wäre die Existenz jener Reihe von juristischen Personen öffentlich-rechtlichen Ursprungs unmöglich, da nicht nur jedes Organ des Gemeinwesens ein Organ desselben Gemeinwillens, sondern auch das Dasein der Gemeinden kein eigenes neben und außer demjenigen des Staates, sondern im Dasein des Staates, von dem es einen Bestandtheil bildet, enthalten ist. Ob aber eine der staatlichen untergeordnete Gemeinschaft des öffentlichen Rechtes und ob eine staatliche Behörde oder Anstalt privatrechtsfähig ist, ist eine Frage, für welche lediglich das öffentliche Recht des betreffenden Staates maßgebend ist und deren Bejahung nicht etwa schon aus der Existenz einer von anderen Kassen des Gemeinwesens getrennten Kasse oder Vermögensverwaltung der betreffenden Behörde oder Anstalt folgt. Wie die gemeinrechtliche Gleichstellung des Staates als Vermögenssubjectes mit Privaten insbesondere in seiner Unterwerfung unter die Rechtsprechung der Gerichte zum Ausdrucke gelangt, so gelangt die Privatrechtsfähigkeit bestimmter Staatsanstalten zum Ausdrucke in der Möglichkeit, ihre Rechte nicht nur anderen Personen gegenüber, sondern auch dem Staate selbst als einem von ihnen verschiedenen Privatrechtssubjecte gegenüber gerichtlich wahrzunehmen.

Im Gegensatze zu den juristischen Personen öffentlich-rechtlichen Ursprunges, deren Persönlichkeit von derjenigen der Rechtsgemeinschaft abgeleitet und deren Wille ein als selbständiger Wille fingirtes Stück des Gemeinwillens ist, entstehen die juristischen Personen privatrechtlichen Ursprunges, so weit sie auf dem Privatwillen beruhen, theils durch Vereinigung verschiedener Individuen zur gemeinsamen Verfolgung gemeinsamer Zwecke oder Gründung eines Vereines, theils durch Aussetzung eines bestimmten Vermögens für bestimmte Zwecke oder Gründung einer Stiftung; der erstere ist als sog. universitas personarum eine selbständige vermöge ihrer eigenen Organisation der Bethätigung ihres Daseins fähige, die Stiftung ist als sog. universitas bonorum eine

unselbständige, der eigenen Bethätigung ihres Daseins unfähige juristische Person.

Eine unselbständige juristische Person kann aber nicht nur entstehen als dauernde durch den Willen, sondern auch als transitorische durch den Tod einer anderen Person. Indem nämlich das Vermögen dieser Person, welches im Momente ihres Todes auf keine andere Person übergegangen und daher untergegangen ist, doch noch nachträglich, als wäre es nicht untergegangen, zum Vermögen anderer Personen soll werden können, so wird es in der Zwischenzeit (hereditate iacente) behandelt, wie wenn es während derselben fortbestände als das Vermögen einer von allen wirklich bestehenden verschiedenen Person, deren Existenz lediglich durch die Existenz dieses ihres Vermögens sich kundgibt.

Während die Persönlichkeit der sog. hereditas iacens erst im Zusammenhange des Erbrechtes ihr Verständniß finden kann, so ist die Frage nach der Existenz und Beschaffenheit der juristischen Personen öffentlich-rechtlichen Ursprungs eine Frage des öffentlichen Rechtes, so daß hier nur die Persönlichkeit der Vereine und der Stiftungen der näheren Bestimmung bedarf. Auf ihrer Entgegensetzung beruht die hergebrachte Unterscheidung der universitates personarum und bonorum als der zwei Gattungen juristischer Personen, welche aber nur richtig ist als Unterscheidung der zwei aus dem privaten Dasein hervorgegangenen Gattungen juristischer Personen. Die juristischen Personen öffentlich-rechtlichen Ursprunges sind zwar gleich den Vereinen durchweg selbständige juristische Personen, deren Dasein nicht erst durch die Existenz eines ihnen zugeschriebenen Vermögens entsteht und deren Vertretung durch ihre eigene Organisation gegeben ist. Dagegen sind die juristischen Personen öffentlich-rechtlichen Ursprunges keineswegs durchweg sog. universitates personarum, als welche man die sog. öffentlichen Corporationen den Vereinen oder Privatcorporationen entgegenzusetzen pflegt. Zwar ist die Persönlichkeit des Fiscus, welche man vielfach als eine eigenartige derjenigen der Corporationen und Stiftungen entgegensetzt, von der Persönlichkeit eines Vereines nicht dadurch verschieden, daß der Staat, den wir in seiner Eigenschaft als Privatrechtssubject auch Fiscus nennen, nicht gleichfalls eine sog. universitas personarum wäre. Dagegen sind privatrechtsfähige öffentliche Anstalten weder universitates

personarum, noch auch, da ihre Existenz und Persönlichkeit von der Existenz eines ihnen zustehenden Vermögens unabhängig ist, universitates bonorum. Mit Recht unterscheidet Dernburg (Pand. § 62 Anm. 1) vermögensfähige Anstalten von den erst durch ihre Ausstattung mit wirklichem Vermögen entstehenden Stiftungen; solche Anstalten sind aber nur denkbar als öffentliche Anstalten, indem es der Wille des Gemeinwesens ist, der in ihnen nach bestimmten Richtungen sich verkörpert. Dasselbe gilt von der Existenz besonderer besonderen Zwecken gewidmeter Staats- oder Gemeindekassen, deren administrative Sonderung die Existenz besonderer juristischer Personen noch keineswegs für sich, wohl aber dann begründet, wenn sie zur rechtlichen die Möglichkeit privatrechtlicher Streitigkeiten zwischen verschiedenen Kassen begründenden erhoben ist. Dasselbe gilt sodann für manche Fälle, in welchen man von Corporationen zu sprechen pflegt. So sind z. B. die Universitäten juristische Personen nicht etwa neben oder trotz ihrer Eigenschaft als Staatsanstalten, so daß sie nur zum Theile Staatsanstalten wären, sondern vielmehr gerade in ihrer Eigenschaft als Staatsanstalten. Das Collegium ihrer Professoren ist nicht etwa neben seiner Eigenschaft als Beamtencollegium eine Corporation, welche über das Vermögen der Universität als über ihr Vermögen verfügen würde; jenes Collegium ist vielmehr schlechthin ein Collegium von Staatsbeamten; soweit es über das Universitätsvermögen verfügt, verfügt es von Amts wegen als Organ des Staates über das Universitätsvermögen als über einen von anderen Bestandtheilen des Staatsvermögens abgesonderten und gleich dem Vermögen einer eigenen Person behandelten Bestandtheil des Staatsvermögens im weiteren Sinne des vom Staatswillen beherrschten, wenngleich im Gegensatze zum allgemeinen Staatsvermögen einer einzelnen Staatsanstalt zugeschriebenen Vermögens. Was so von der Persönlichkeit staatlicher Behörden, Kassen oder Anstalten gilt, das gilt ebenso von denjenigen der Gemeinde; nicht deßhalb kann es ein vom Stadtvermögen verschiedenes Vermögen des städtischen Senates geben, weil dieser etwas anderes als ein Organ der Stadtgemeinde wäre, sondern deßhalb, weil die Fiction jenes Organes als eines eigenen Rechtssubjectes seine thatsächliche Eigenschaft als Organ der Gemeinde und ihres Willens nicht aufhebt. Dasselbe gilt endlich ebenso vom kirchlichen

Vermögen, ob wir nun die Kirche als eine unabhängige Rechtsgemeinschaft oder als eine der Rechtsgemeinschaft des Staates untergeordnete und an deren eigenem Dasein theilnehmende Gemeinschaft betrachten. Ob als Subject kirchlichen Vermögens die Gesammtkirche erscheint, oder eine der zu ihr vereinigten Kirchengemeinschaften, oder eine bestimmte kirchliche Behörde, Kasse oder Anstalt, das ist eine Organisationsfrage, deren Beantwortung unabhängig ist von der durch die Erhebung bestimmter kirchlicher Gemeinden, Behörden, Kassen oder Anstalten zu Privatrechtssubjecten nicht aufgehobenen rechtlichen Einheit der Gesammtkirche und ihres Willens.

## 2. Die Vereine.

### § 27.

Die Gründung eines Vereines erfolgt durch eine solche Vereinigung verschiedener Personen zur Verfolgung bestimmter Zwecke, kraft welcher der Wille des Vereins vom Willen der einzelnen Vereinsgenossen und die Existenz des Vereines von der Existenz der einzelnen Vereinsgenossen unabhängig ist. Die rechtliche Anerkennung des Vereins als eines überhaupt zu Recht bestehenden, und insbesondere als eines eigenen von der Summe der Vereinsgenossen verschiedenen Privatrechtssubjectes kann entweder darauf beruhen, daß die Bedingungen derselben durch abstracte Rechtsnorm festgestellt sind, oder aber darauf, daß bestimmte Organe der Gemeinschaft befugt sind, dieselbe im concreten Falle zu gewähren. Während nun bestimmte, durchweg nicht im römischen Rechte wurzelnde, und daher nicht hier darzustellende Arten von Vereinen unmittelbar durch ihre den gesetzlichen Bedingungen der betreffenden Art entsprechende Gründung als juristische Personen entstehen, so ist es nach gemeinem Rechte im übrigen bestritten, ob jeder überhaupt zu Recht bestehende Verein eine juristische Person sei, oder ob es dazu einer besonderen Verleihung der juristischen Persönlichkeit bedürfe. Besteht der Verein überhaupt zu Recht, so erkennt das Recht den Vereinswillen als einen die Vereinsgenossen als solche bindenden, das Dasein des Vereins also als ein das individuelle Dasein der Genossen ergänzendes und beschränkendes an; existirt er als juristische Person, so erkennt das

Recht das Dasein des Vereines als ein solches an, welches neben demjenigen der Genossen sowohl als anderer Personen gleich einem eigenen individuellen Dasein besteht. An sich nun ist in der Anerkennung des Vereins als eines überhaupt zu Recht bestehenden seine Anerkennung als Privatrechtssubject noch nicht enthalten; bis in unser Jahrhundert hinein hat man aber beides nicht auseinandergehalten. Das römische Recht hatte eine eigene von der Anerkennung des Vereins als solchen verschiedene Anerkennung desselben als einer juristischen Person nicht gekannt. Es erklärt vielmehr einerseits, daß ein Verein, um zu bestehen, der rechtlichen Anerkennung bedürfe, und andererseits, daß es anerkannten Vereinen eigen sei, nach dem M u s t e r d e s S t a a t e s eigenes Vermögen zu haben [1]). Die Privatrechtsfähigkeit staatlich anerkannter Vereine führte also das römische Recht darauf zurück, daß ihre Existenz und Organisation derjenigen des Staates nachgebildet war; indem aber so das römische Recht in jedem Vereine eine der staatlichen nachgebildete Gemeinschaft sah, so war auch die staatliche Anerkennung eines Vereines nicht eine bloße Anerkennung der privaten Vereinigung als solcher, sondern eine Anerkennung derselben als einer unmittelbar oder mittelbar den eigenen Zwecken des Staates dienenden und an seiner eigenen Natur theilnehmenden. Daraus aber, daß d i e s e Anerkennung eine Anerkennung der juristischen Persönlichkeit in sich schloß, folgt nicht das Gleiche für die Anerkennung einer privaten Vereinigung als solcher. Daß nun die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis die letztere mit der Anerkennung der juristischen Persönlichkeit eines Vereins vermengt hat, hing damit zusammen, daß ihre Tendenz dahin ging, jede Anerkennung eines Vereins an die Bedingung staatlicher Genehmigung zu knüpfen. Besteht aber heutzutage die umgekehrte Regel der Freiheit privater Vereinigung, so folgt daraus noch nicht die Eigenschaft jedes Vereins als einer juristischen Person; steht es den Einzelnen frei, ihr individuelles Dasein durch die Bildung von Vereinen zu ergänzen und zu beschränken, so folgt daraus noch nicht die Macht derselben, ihrer Vereinigung im Verhältnisse zu Dritten die Bedeutung eines eigenen, von dem ihrigen verschiedenen individuellen Daseins beizulegen; erfolgt doch die private

[1]) L. 1. §. 1. D. ht. 3, 4.

Vereinigung als solche durch einen obligatorischen Vertrag ihrer Gründer, welchem nach allgemeinen Grundsätzen keine Bedeutung für Dritte zukommt. Wie sich somit die Entstehung juristischer Personen durch beliebige Vereinsbildung theoretisch nicht begründen läßt, so ist auch ihre Annahme praktisch höchst bedenklich, da sie lediglich von der privaten Absicht der sich Vereinigenden die Beantwortung einer Frage abhängig macht, welche dieselben sich möglicherweise überhaupt nicht zum Bewußtsein gebracht haben.

Indem jeder Verein eine Vereinigung zu bestimmten, begrenzten Zwecken ist, durch welche das individuelle Dasein der Vereinigten eine Ergänzung und Beschränkung bestimmter Art und bestimmten Umfangs erfährt, so bestimmt sich der Vereinswille zunächst negativ durch die Vereinszwecke, sodann aber positiv durch die Vereinsverfassung. Die Entgegensetzung von sogenannten universitates ordinatae und inordinatae oder von Vereinen mit und ohne Verfassung bedeutet in Wirklichkeit die Entgegensetzung einer besonders festgesetzten und derjenigen Verfassung, welche in Ermangelung besonderer Festsetzung einer anderen sich von selbst versteht. Indem nämlich einerseits die Existenz eines Vereins undenkbar ist ohne die Möglichkeit eines vom Willen der einzelnen Genossen unabhängigen Vereinswillens, und indem es andererseits der individuelle Wille der Genossen ist, aus welchem jener Vereinswille hervorgeht, so ergibt sich daraus in Verbindung mit der im Zweifel anzunehmenden gleichen Geltung der Genossen als Wille des Vereines der Beschluß der Mehrheit der Vereinsgenossen, vorausgesetzt, daß jedem Vereinsgenossen Gelegenheit gegeben war, an der Fassung des Beschlusses theilzunehmen, und mit der Maßgabe, daß die dieser Theilnahme sich enthaltenden Genossen nicht mitgerechnet werden. Unrichtig ist es, den Vereinsbeschluß als einen den Vereinswillen vertretenden zu bezeichnen. Wie die Vereinsgenossen durch ihre Vereinigung den Verein nicht vertreten, sondern bilden, so ist ihr verfassungsmäßiges Zusammenwirken zu einem Vereinsbeschlusse nicht eine Vertretung des Vereinswillens oder Ersetzung desselben durch den eigenen Willen der Genossen, sondern eine Bethätigung desselben als eines durch das Zusammenwirken der Einzelwillen sich bildenden und von der Summe der Einzelwillen, durch deren Zusammenwirken er entsteht, als ein eigener, sie beherrschender Wille sich

ablösenden. Während daher für den einzelnen Vereinsgenossen das Vereinsvermögen ein fremdes ist, über welches seinem individuellen Willen als solchem keine Verfügung zusteht, so ist die Verfügung über das Vereinsvermögen durch rechtsgiltigen Vereinsbeschluß keine Verfügung über fremdes Vermögen. Ungiltig sind verfassungswidrige Beschlüsse, während eine Aenderung der Vereinsverfassung durch verfassungsmäßigen Beschluß nicht ausgeschlossen und durch Erfüllung besonderer für sonstige Vereinsbeschlüsse nicht bestehender Anforderungen nur im Falle ihrer besonderen Aufstellung durch die Verfassung bedingt ist. Wäre der Vereinsbeschluß keine unmittelbare Bethätigung des Vereinswillens, sondern lediglich die Bethätigung eines zu seiner Vertretung ermächtigten Willens, so wäre jede Aenderung der Vereinsverfassung ausgeschlossen, da unter dieser Voraussetzung jeder Versuch derselben die rechtlich unwirksame Handlung eines die Grenzen seiner Vollmacht überschreitenden Stellvertreters wäre. Von bloßen Verfassungsänderungen sind aber zu unterscheiden Aenderungen der Vereinszwecke, deren Festsetzung eine partielle Neugründung ist und daher nur möglich ist durch Vereinbarung sämmtlicher Vereinsgenossen, welche zu ihrer Rechtsgiltigkeit der gleichen staatlichen Anerkennung wie die Gründung des Vereins bedarf; indem aber diese dem einzelnen Vereine als einem auf die bestimmte bei der Gründung vereinbarte Weise organisirten ertheilt zu werden pflegt, so bedarf es in der Regel ihrer Erneuerung auch zur Aenderung seiner Verfassung.

Vereine erlöschen entweder durch ihre Auflösung seitens des Staates, deren Voraussetzungen dem Staatsrechte angehören, oder dadurch, daß der Verein sich selbst auflöst. Dies trifft zu, wenn sämmtliche Vereinsgenossen durch Tod oder Austritt wegfallen. Die Auflösung des Vereins durch Beschluß der Genossen ist jedenfalls insoweit möglich, als dieselbe in seiner Verfassung ausdrücklich vorgesehen, nach der Natur der Vereinszwecke von Anfang an in Aussicht genommen, oder durch den nachträglichen Wegfall derselben als gänzlich erreichter oder unerreichbar gewordener geboten ist; im Uebrigen kann sie dagegen nur durch Vereinbarung sämmtlicher Genossen erfolgen, da die Absicht willkürlicher Auflösung des Vereins nicht Inhalt eines die Vereinsgenossen bindenden Vereinswillens zu sein vermag. Ueber das Vermögen eines Vereins

kann für den Fall seiner Auflösung schon seine Verfassung verfügt oder die Verfügung durch Vereinsbeschluß vorgesehen haben. Insoweit dies nicht der Fall ist und diese Frage nicht, wie dies bezüglich der bestimmten, durch abstracte Rechtsnorm anerkannten Gattungen von Vereinen zutrifft, durch besondere Bestimmungen des Rechtes entschieden ist, so besteht Streit darüber, ob das Vermögen den Vereinsgenossen oder als Nachlaß einer ohne Hinterlassung von Erben untergegangenen Person dem Fiscus anheimfalle. Von selbst versteht sich die erstere Entscheidung, wenn den Zweck des Vereins lediglich der Nutzen der jeweiligen Mitglieder bildet. Im Uebrigen trifft dieselbe dagegen nur so lange zu, als aus dem Vereine noch kein Genosse ausgeschieden und keine Zuwendung an denselben durch Dritte erfolgt ist. So lange nämlich das Vereinsvermögen seine ganze Existenz den gegenwärtigen Genossen des Vereins verdankt, so lange können auch diese durch Vereinbarung über dasselbe verfügen und wird es durch Untergang des Vereins in Ermangelung einer solchen Verfügung wieder ihr individuelles Vermögen; war es ihre, den Verein gründende Vereinbarung, welche dieses Vermögen den bestimmten Zwecken dieses Vereines dienstbar machte, so kann es auch durch ihre, den Verein aufhebende Vereinbarung dieser Bestimmung wieder entkleidet werden; ist dem einzelnen Vereinsgenossen gegenüber das Dasein und Vermögen des Vereins ein selbständiges, so hängt doch nicht nur das Dasein des Vereins vom Willen der Vereinsgenossen insofern ab, als er durch Austritt aller Genossen notwendig untergeht, sondern es wird auch das Vermögen des Vereins als ein aus dem individuellen Vermögen der Genossen hervorgegangenes durch seine Auflösung zum gemeinsamen Vermögen der einzelnen Genossen. Sind aber aus dem Vereine schon Genossen ausgeschieden, so ist das Dasein des Vereines ein nicht mehr lediglich aus dem individuellen Dasein der gegenwärtigen Genossen hervorgegangenes, und sind Zuwendungen an den Verein durch Dritte erfolgt, so gilt dasselbe, indem der Verein diesen die durch ihre Zuwendung vollzogene Erweiterung seines Daseins verdankt. Ist nun einmal das Dasein oder das Vermögen des Vereins zu einem nicht mehr ausschließlich aus dem Dasein oder dem Vermögen der gegenwärtigen Vereinsgenossen hervorgegangenen geworden, so können die Genossen über das Vereinsvermögen

nicht mehr als diejenigen Individuen, denen es seine Existenz verdankt, sondern nur als Träger des Vereinswillens, daher auch zu keinen anderen als Vereinszwecken verfügen. Doch ist eine anderweitige Verfügung über dasselbe durch Vereinbarung der Genossen möglich im Falle ihrer staatlichen Anerkennung. Könnte das Vereinsvermögen dem Vereinszwecke überhaupt nicht entfremdet werden, so wäre nicht nur jede Verfügung über das Vermögen des sich auflösenden Vereines, sondern ebenso jede Aenderung der Zwecke des fortbestehenden Vereines schlechthin ausgeschlossen. Privatrechte Dritter werden aber durch eine solche Entfremdung nicht verletzt, da weder dem ehemaligen Vereinsgenossen noch demjenigen, welcher sonst den Verein mit einer Zuwendung bedacht hat, ein solches Privatrecht bezüglich der Verwendung seiner Beiträge zusteht. Ist es aber nicht die Verletzung fremder Rechte, sondern lediglich die Ueberschreitung der eigenen Competenz, welche die Verfügung der Vereinsgenossen ausschließt, so wird ihnen diese Competenz zu Theil durch die Anerkennung des Staates, welcher dadurch auf den ihm sonst zustehenden eigenen Erwerb des Vereinsvermögens als des Nachlasses einer ohne Hinterlassung eines Rechtsnachfolgers untergegangenen Person verzichtet. So ist es die gleiche staatliche Anerkennung, welche den Individuen die Competenz verleiht, durch ihre Vereinigung eine juristische Person zu erzeugen, welche den vereinigten Individuen die Competenz verleiht, durch Aenderung der Vereinszwecke die Individualität dieser juristischen Person zu ändern, und welche ihnen die Competenz verleiht, über den Nachlaß dieser juristischen Person zu verfügen.

## 3. Die Stiftungen[1]).

### § 28.

Die Gründung einer Stiftung erfolgt dadurch, daß eine Person ihr Vermögen oder einen Theil desselben bestimmten Zwecken in der Weise widmet, daß sie sich desselben schlechthin entäußert, ohne es einer bestimmten anderen Person zuzuwenden. Während aber der Verein eine selbständige juristische Person ist, die im Zusammenwirken der vereinigten Genossen eine lebendige

---

[1]) Roth in Iherings Jahrb. I. S. 189 ff.

Quelle sich stets erneuernder Bildung und Bethätigung ihres Willens besitzt, so ist die Stiftung eine unselbständige juristische Person, deren Existenz sich nur zu bethätigen vermag durch die Handlungen von Vertretern, welche durch die Rechtsgemeinschaft ihr beigegeben sind. Wie sie ihre Existenz dem Willen des Stifters verdankt, so kann auch ihre Vertretung durch diesen angeordnet sein. Indem aber das Dasein der einmal ins Leben getretenen Stiftung zu einem vom Willen des Stifters unabhängigen geworden ist, so ist die Vollmacht ihrer Vertreter eine solche, welche nicht mehr durch den Stifter zurückgezogen werden kann und daher auch nicht mehr auf seinem Willen als solchem beruht. Vielmehr gelten die Vertreter der Stiftung als Vertreter einer durch ihre Gründung neu entstandenen Person, deren Vollmacht nicht durch den Willen des Stifters als dieser bestimmten Person, sondern durch den Stiftungswillen als einen solchen bestimmt ist, welcher zwar vom individuellen Willen des Stifters ausgegangen ist, aber als ein von diesem unabhängiger gilt, wie wenn er der Wille eines eigenen Individuums wäre. Ist aber dieses individuelle Dasein der Stiftung sowie des sie beherrschenden und in ihr verkörperten Stiftungswillens ein lediglich vom Rechte fingirtes, so kann es in Wirklichkeit lediglich der Wille des Rechtes oder der Rechtsgemeinschaft sein, welchem die Vertreter der Stiftung ihre Vollmacht verdanken und durch welchen überhaupt die Stiftung besteht. So erzeugt der individuelle Wille des Stifters die Stiftung nicht als solcher, sondern erst dadurch, daß der Gemeinwille seinen Inhalt sich aneignet und ihm dieselbe Geltung verleiht, wie wenn er der Wille eines eigenen, nur durch ihn sich bethätigenden und nur durch die Existenz des ihm zugeschriebenen Stiftungsvermögens zur Erscheinung gelangenden Individuums wäre. Die Gründung einer Stiftung gelangt daher erst zum Abschlusse durch einen Act des Gemeinwillens, durch welchen der Stiftungswille nicht etwa als individueller Wille des Stifters genehmigt, sondern zu einem von diesem unabhängigen Willen erhoben wird. Zu einer rechtlich bindenden und unwiderruflichen vermag die Erklärung des individuellen Willens als solchen nur zu werden vermöge der durch sie erzeugten Rechte anderer Personen, also dadurch, daß dem eigenen Willen ein fremdes Dasein beschränkend gegenübertritt; kann also die Stiftung

erst dadurch zur rechtsgiltigen und unwiderruflichen werden, daß es ein fremdes Dasein ist, welches kraft ihrer Vollziehung dem eigenen Willen des Stifters beschränkend gegenübertritt, so kann das Dasein der Stiftung nicht durch den eigenen Willen des Stifters zu einem von diesem unabhängigen werden, sondern, da die Stiftung als solche kein Recht anderer Personen begründet, lediglich durch den Willen der Rechtsgemeinschaft. Ist es aber die Rechtsgemeinschaft, welche dem Stiftungswillen die Geltung eines selbständigen, vom Willen des Stifters unabhängigen Willens verleiht, so kann sie entweder durch abstracte Rechtsnorm die Bedingungen fixiren, unter welchen der Stiftungswille ipso jure jene Geltung erlangt, oder aber bestimmte Organe der Gemeinschaft zur Verleihung dieser Geltung im concreten Falle ermächtigen. Unstreitig existirt nun keine gemeinrechtliche Fixirung bestimmter Bedingungen als solcher, durch deren Beobachtung der Stiftungswille ipso jure zu einem vom Willen des Stifters unabhängigen würde. Ebensowenig aber gehört dem gemeinen Rechte der Satz an, daß die Zahl der Stiftungen einer beliebigen Vermehrung durch jeden die Begründung einer solchen bezweckenden Privatact fähig sei. Dieser Satz wäre praktisch um so bedenklicher, da das gemeine Recht die Vorschrift einer bestimmten Form für die Gründung von Stiftungen nicht kennt. Das römische Recht kennt die Stiftungen als eigene juristische Personen erst seit seiner letzten Periode, und zwar nur als kirchliche Stiftungen, so daß ihm rein private, ohne Mitwirkung der Rechtsgemeinschaft ins Leben tretende Stiftungen schlechterdings fremd sind. Ebensowenig aber ist später jener aus allgemeinen Grundsätzen sich keineswegs ergebende Satz zum Inhalte eines gemeinen Gewohnheitsrechtes geworden. Nach gemeinem Rechte gelangt daher die Entstehung einer Stiftung erst dadurch zum Abschluß, daß die Rechtsgemeinschaft im concreten Falle den Stiftungswillen zu einem vom Willen des Stifters unabhängigen erhebt, so daß bis dahin die Erklärung des Stifters eine widerrufliche ist; die Frage, welchem Organe der Gemeinschaft jene Handlung zustehe, bemißt sich nach dem öffentlichen Rechte des betreffenden Gemeinwesens. Die Verfügung, durch deren Anerkennung seitens der Rechtsgemeinschaft die Stiftung entsteht, kann auch eine letztwillige sein, deren Wirkung in gleicher Weise durch die nachträgliche Anerkennung der Rechtsgemeinschaft

bedingt ist, wie die Wirkung des ein Individuum zum Erben einsetzenden Testamentes durch die Antretung der Erbschaft [2]).

Im Gegensatze zu dem durch die Beschlüsse der Vereinsgenossen sich beständig erneuernden Vereinswillen ist der Stiftungswille ein solcher, welcher ein für allemal feststeht; und während das Dasein des Vereins in der Vereinigung seiner Genossen sich verkörpert, aus deren individuellen Kräften die seinigen hervorgehen, so verkörpert sich das Dasein der Stiftung lediglich in ihrem Vermögen, mit dessen Kräften ihre eigenen Kräfte identisch sind. Die eigenen Kräfte einer Stiftung sind daher lediglich pecuniäre, während die zur Verwaltung und stiftungsgemäßen Verwendung ihres Vermögens erforderlichen persönlichen Kräfte ihr nicht durch ihre eigene Organisation, sondern durch fremde Fürsorge zufließen, welche zwar in erster Linie von dem Stifter, in letzter Instanz dagegen von der Rechtsgemeinschaft ausgeht, da sowohl die vom Stifter angeordnete Verwaltung erst durch ihre mit der Anerkennung der Stiftung verbundene Anerkennung seitens der Rechtsgemeinschaft zu einer zu Recht bestehenden wird, als auch die selbständige Anordnung der Rechtsgemeinschaft eintreten muß, wenn entweder der Stifter eine Verwaltung nicht angeordnet hat oder später die durch ihn angeordnete Verwaltung wegfällt. Während sodann die administrativen Organe eines Vereins diesem selbst als einem durch die Beschlüsse der Vereinsgenossen oder durch bestimmte verfassungsmäßige Organe seinen Willen bethätigenden Rechenschaft schulden, so kann die Befugniß, über die Verwalter einer Stiftung die erforderliche Aufsicht zu

---

[2]) Die Möglichkeit letztwilliger Anordnung einer Stiftung, insbesondere durch Bestimmung des ganzen Nachlasses zum Vermögen einer letztwillig angeordneten Stiftung hat man namentlich deßhalb bestritten, weil zu Erben nur solche Personen eingesetzt werden können, welche beim Tode des Testators mindestens schon concipirt waren. So wenig aber, als die Anordnung einer Stiftung unter Lebenden eine Schenkung ist, ebenso wenig ist die letztwillige Anordnung einer solchen eine wirkliche Erbeinsetzung; in beiden Fällen handelt es sich nicht um eine Zuwendung an eine bestehende Person, sondern darum, eine Person durch ihre Dotirung mit einem bestimmten Vermögen erst ins Leben zu rufen. Wie nun in der Regel die Beerbung des Verstorbenen durch andere nicht ausschließlich von seinem Willen abhängt, sondern erst durch die Einwilligung dieser ins Leben tritt, so bedarf die letztwillige Anordnung einer Stiftung der Einwilligung der Rechtsgemeinschaft; warum aber diese Einwilligung nicht ebenso gut als jene erst nach dem Tode des Testators sollte erfolgen können, ist nicht abzusehen.

führen und ihnen Rechenschaft abzufordern, zwar bei der staatlichen Anerkennung der Stiftung dem Stifter selbst und seinen Nachkommen zuerkannt sein; in letzter Instanz ist aber jeder Verwalter einer Stiftung der Rechtsgemeinschaft verantwortlich und steht unter ihrer Aufsicht, indem das etwaige Aufsichtsrecht des Stifters oder seiner Nachkommen sowohl wegfallen kann, als auch selbst in seiner Ausübung der Controle durch die Organe der Rechtsgemeinschaft unterliegt.

Die Stiftung kann eine Aenderung erfahren durch Aenderung des Stiftungszweckes oder der bei ihrer Errichtung für ihre Verwaltung gegebenen Bestimmungen. So lange der Stifter lebt und das Stiftungsvermögen lediglich seiner Zuwendung sein Dasein verdankt, so können Aenderungen des Stiftungszweckes auf seinen Antrag erfolgen durch die zur staatlichen Anerkennung der Stiftung befugten Organe der Gemeinschaft. Dagegen ergibt sich aus der ihnen zustehenden Competenz, den Willen des Stifters durch ihre Anerkennung zum rechtsbeständigen Stiftungswillen zu erheben, nicht ihre Befugniß zu selbständiger Aenderung des Stiftungszweckes, welche ihnen vielmehr nur insoweit zusteht, als der ursprüngliche Stiftungszweck unerfüllbar geworden ist, indem hier seine Aenderung durch Anerkennung verwandter Zwecke als der nunmehrigen Stiftungszwecke den Stiftungswillen nicht sowohl verleugnet, als durch die Umdeutung des unausführbaren Stiftungswillens in einen ausführbaren verwandten Willen möglichst aufrecht erhält. Im Gegensatze zu Aenderungen des Stiftungszweckes steht die Aenderung bloßer Verwaltungsbestimmungen, welche sich als unzweckmäßig erwiesen haben, denjenigen Organen der Rechtsgemeinschaft zu, welchen die Aufsicht über die Verwaltung der Stiftung zusteht; ist aber bei der Errichtung der Stiftung dem Stifter oder seinen Nachkommen eine Theilnahme an ihrer Verwaltung oder eine Aufsicht über diese zuerkannt, so bedarf es der Einwilligung dieser kraft eigenen Rechtes an der Verwaltung der Stiftung betheiligten Personen auch zur Aenderung bloßer Verwaltungsbestimmungen.

Die Aufhebung einer Stiftung kann gleich einer Aenderung ihres Zweckes, so lange das Stiftungsvermögen seine ganze Existenz dem Stifter verdankt, auf seinen Antrag durch dasjenige staatliche Organ, durch dessen Anerkennung sie entstanden ist,

jederzeit erfolgen; wie sie dem vereinigten Willen des Stifters und der Rechtsgemeinschaft ihr ganzes Dasein verdankt, so ist auch dieses kein über jenen vereinigten Willen erhabenes, und durch seine Aufhebung wird das Stiftungsvermögen in Ermangelung anderweitiger Verfügung über dasselbe wieder zum Vermögen des Stifters. Sobald dagegen der Stifter gestorben ist oder die Stiftung vermöge der Vermehrung ihres Vermögens durch Zuwendungen Dritter nicht mehr dem Willen des Stifters ihr ganzes Dasein verdankt, so ist ihre willkürliche Aufhebung ebenso ausgeschlossen, als eine willkürliche Aenderung ihres Zweckes. Der in dieser Beziehung zwischen Stiftungen und Vereinen (S. 121) bestehende Gegensatz beruht auf der Verschiedenheit ihrer Natur, vermöge welcher der Verein sowohl der Aenderung seiner Zwecke als seiner Aufhebung durch den vereinigten Willen der Genossen ausgesetzt ist. Wer daher einem Vereine etwas zuwendet, der knüpft das Schicksal seiner Gabe an das Schicksal des Vereins und setzt sie dem Schicksale aus, den gegenwärtigen Zwecken des Vereins dadurch entfremdet zu werden, daß dieser seine Zwecke ändert oder sich auflöst. Wer dagegen das Vermögen einer von einem anderen gegründeten Stiftung durch seine Zuwendung vermehrt, der hat seine Zuwendung einem ein für allemal feststehenden Zwecke gewidmet, dessen Dasein als ein vom individuellen Willen der ihn verfolgenden Personen abgelöstes und gleich dem Dasein einer Person um seiner selbst willen bestehendes im Dasein des Stiftungsvermögens sich verkörpert, so daß ihm dieses nur dadurch entfremdet zu werden vermag, daß ihm die Berechtigung seines Daseins aberkannt wird. Die Theorie des „Zweckvermögens" trifft daher für Stiftungen, nicht aber für alle juristischen Personen insofern zu, als sie das wechselseitige Verhältniß zwischen dem Stiftungszwecke und dem Stiftungsvermögen richtig bezeichnet, vermöge dessen das Stiftungsvermögen um des Stiftungszweckes willen und der Stiftungszweck durch das Stiftungsvermögen existirt. Die Stiftung erlischt daher notwendig sowohl durch gänzlichen Wegfall des Stiftungszweckes, durch welchen das Stiftungsvermögen den Grund seiner Existenz verliert, als auch durch gänzlichen Wegfall des Stiftungsvermögens, durch welchen der Stiftungszweck die Basis seiner Existenz verliert. Der Wegfall des Stiftungszweckes kann darauf beruhen, daß die

Möglichkeit seiner ferneren Verfolgung thatsächlich oder von Rechtswegen ausgeschlossen ist, und seine Aufhebung durch Rechtsbestimmung kann entweder erfolgen durch eine die betreffende Gattung von Zwecken für unberechtigt erklärende Bestimmung des abstracten Rechtes oder durch Aufhebung der concreten Stiftung, durch welche ihr concreter Zweck für unberechtigt erklärt wird; auch diese Aufhebung kann aber nur durch Gesetz erfolgen, falls nicht ein bestimmtes Staatsorgan kraft der besonderen Verfassung des einzelnen Staates oder kraft gesetzlicher Ermächtigung dazu befugt ist; die Befugniß eines staatlichen Organes, einer Stiftung die Anerkennung der Rechtsgemeinschaft zu gewähren, schließt an sich die Befugniß nicht in sich, diese Anerkennung wieder zu entziehen.

Das Vermögen einer durch den Wegfall ihres Zweckes erloschenen Stiftung fällt in Ermangelung anderweitiger Bestimmung als Vermögen einer ohne Rechtsnachfolger untergegangenen Person dem Staate anheim. Eine anderweitige Verfügung über dasselbe kann entweder schon bei ihrer Gründung durch den Stifter getroffen sein, welchenfalls die staatliche Anerkennung der Stiftung auf diese eventuelle Verfügung über das Vermögen sich mit erstreckt, oder aber bei der staatlichen Aufhebung der Stiftung getroffen werden; wenn man für diese neuerdings die Verpflichtung des Staates statuirt, das Stiftungsvermögen zu verwandten Zwecken zu verwenden, so läßt sich eine rechtliche Verpflichtung dieses Inhaltes nicht begründen. Fällt der Zweck der Stiftung thatsächlich weg unter Umständen, welche einen verwandten Zweck als eventuellen Gegenstand des Stiftungswillens und daher als nunmehrigen Stiftungszweck erscheinen lassen, so ist der Wegfall des Stiftungszweckes kein gänzlicher und daher die Stiftung überhaupt nicht erloschen. Beruht dagegen der Wegfall des Stiftungszweckes auf einer staatlichen Aufhebung seiner Berechtigung, so schließt die Befugniß zu dieser Aufhebung die Befugniß zu beliebiger Verfügung über das Stiftungsvermögen in sich.

Was den Untergang der Stiftung durch Wegfall des Stiftungsvermögens betrifft, so ist bestritten, ob sein gänzlicher Wegfall schon durch den Wegfall sämmtlicher, der Stiftung zugeschriebener Vermögensrechte sich vollzieht, oder ob einerseits die Existenz vermögensrechtlicher, der Stiftung zugeschriebener Verbindlichkeiten

und andererseits die Möglichkeit der Entstehung neuen Stiftungsvermögens jenen Wegfall ausschließt. Ohne Stiftungsvermögen, aus dessen Mitteln sie zu erfüllen sind, haben aber Stiftungsschulden in Ermangelung irgend welcher zu ihrer Erfüllung verpflichteten Person keinerlei Bedeutung, so daß eine solche ihnen nur zukommen könnte in Verbindung mit der Möglichkeit der Entstehung neuen Stiftungsvermögens. Es ist daher inconsequent, wenn Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 1138 f.) zwar nicht diese Möglichkeit, aber die Existenz von Schulden zur Fortdauer der Stiftung genügen läßt; findet er in den letzteren „den zum Wiedererwerb von Activen nöthigen Anhalt", so vermag diesen ebenso die Fortdauer des Stiftungszweckes oder des bisher durch die Stiftung befriedigten Bedürfnisses zu gewähren. Bringt nun etwa die Verwaltung einer Stiftung, deren Mittel gänzlich erschöpft sind, für dieselbe durch Sammlung von Beiträgen neue Mittel auf, oder wird ihre fernere Existenz durch eine sonstige, nach gänzlicher Erschöpfung ihrer Mittel zum Zwecke ihrer Erhaltung sich vollziehende Zuwendung ermöglicht, so ist jedenfalls die Absicht solcher Zuwendungen nicht diejenige der Gründung einer neuen, sondern diejenige der Erhaltung oder Wiederherstellung einer solchen Stiftung, welche bereits bestand oder bestanden hatte. Daß aber in Wirklichkeit wegen dieser bloßen Möglichkeit ihrer erneuten Dotirung die Stiftung fortbestehe, läßt sich doch nicht behaupten, da sonst, wie Brinz mit Recht bemerkt, jedes Erlöschen einer Stiftung durch Wegfall ihres Vermögens ausgeschlossen wäre. Durch gänzliche Erschöpfung ihrer Mittel ist vielmehr das Dasein der lediglich durch diese bestehenden Stiftung allerdings erloschen, jedoch so, daß die Möglichkeit ihrer Wiederherstellung insolange noch besteht, als ihre Verwaltung nicht aufgelöst ist, indem durch die Thätigkeit dieser oder eine ihr gegenüber erfolgende Zuwendung für den Zweck der Stiftung von Neuem in der Weise Mittel beschafft werden können, daß das dadurch entstehende neue Stiftungsvermögen als Vermögen jener früheren zwar in Wirklichkeit erloschenen, aber nun wieder als nicht erloschen geltenden Stiftung behandelt wird. Diese Behandlung entspricht der Absicht derjenigen, durch deren Zuwendung die Stiftung wieder ins Leben gerufen wird, und dem Willen der Rechtsgemeinschaft, deren erneuter Anerkennung es nicht bedarf für die durch Beschaffung neuer Mittel

sich vollziehende Wiederherstellung einer lediglich durch Erschöpfung ihrer Mittel erloschenen Stiftung. Ist dagegen die Auflösung der Stiftungsverwaltung durch die Organe der Rechtsgemeinschaft verfügt, so ist die Erneuerung der Stiftung nur noch möglich in Verbindung mit erneuerter Einsetzung einer Stiftungsverwaltung und daher nicht ohne erneuerte Anerkennung der Rechtsgemeinschaft; durch diese entsteht eine neue Stiftung, welche aber gleichfalls in Gemäßheit der Absicht ihrer Stifter als Erneuerung einer früheren Stiftung anerkannt werden kann.

## 4. Die rechtliche Stellung der juristischen Personen.

### § 29.

Die Privatrechtsfähigkeit der juristischen Personen beschränkt sich auf die Fähigkeit derselben, Subjecte vermögensrechtlicher Verhältnisse zu sein, seien dieselben nun Vermögensrechte oder vermögensrechtliche aus ihrem Vermögen zu erfüllende Verbindlichkeiten. Indem diese als Rechte und Verbindlichkeiten eines eigenen von allen wirklich bestehenden verschiedenen Individuums gelten, so sind sie nicht Rechte oder Verbindlichkeiten irgend welcher Menschen; insbesondere ist das Vereinsvermögen nicht Vermögen der Vereinsgenossen und sind diese nicht Schuldner der Vereinsgläubiger. Inwieweit die Vereinsgenossen für Schulden des Vereines diesem und dadurch mittelbar seinen Gläubigern aufzukommen haben, bestimmt sich nach der Vereinsverfassung; in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung ist aber eine unbeschränkte Haftung der Genossen für die Schulden des Vereines anzunehmen, da in Ermangelung hinreichenden Vereinsvermögens die Fürsorge für die pecuniären wie für andere Bedürfnisse des Vereines den Genossen obliegt.

Die Möglichkeit eigener Rechte und Verbindlichkeiten unterscheidet den als juristische Person anerkannten Verein von einer bloßen societas und nicht etwa die besondere Beschaffenheit der Vereinszwecke; ein Verein kann lediglich dem individuellen Nutzen der Genossen dienen und doch neben ihnen ein eigenes Vermögenssubject sein, welches sowohl den Vereinsgenossen als Dritten gegenüber in eigenen vermögensrechtlichen Beziehungen steht. Daher sind insbesondere juristische Personen die Actiengesellschaften; wenn an

ihrem Vermögen jedem Actionär ein bestimmter Antheil zugeschrieben wird, so hat dieser die rechtliche Bedeutung einer gegen den Verein ihm zustehenden Forderung auf den entsprechenden Theil des Gewinnes, sowie desjenigen Verhältnisses, in welchem durch die Auflösung des Vereines das bisherige Vereinsvermögen zum Vermögen der bisherigen Vereinsgenossen wird. Ebenso können an den Gegenständen des Vereinsvermögens den einzelnen Vereinsgenossen dingliche das Eigenthum des Vereines beschränkenden Rechte zustehen. In gleicher Weise wird die Eigenschaft des Stiftungsvermögens als eines solchen, welches für sich besteht, wie wenn es das Vermögen eines eigenen von allen wirklichen bestehenden verschiedenen Individuums wäre, nicht dadurch berührt, daß bestimmten Individuen ein Antheil an demselben im Sinne einer gegen die Stiftung ihnen zustehenden Forderung oder auch dinglicher, das Eigenthum derselben beschränkender Rechte zusteht.

Die Handlungen, durch welche die juristischen Personen in den Vermögensverkehr eintreten, sind durchweg stellvertretende Handlungen ihrer Organe oder anderer durch diese ermächtigter Personen. Während es im Verhältnisse zu den Genossen als solchen der eigene Wille der Gemeinschaft ist, welcher sowohl durch die Vereinsbeschlüsse als durch die verfassungsmäßige Bethätigung der Organe der Gemeinschaft zur Erscheinung gelangt, so tritt im privatrechtlichen Verkehre die juristische Person anderen Personen gegenüber als ein überhaupt nicht selbst zum Vorschein gelangendes, daher auch nicht selbst handelndes, sondern durch die Handlungen anderer Personen vertretenes Individuum auf, und zwar gilt dies in gleicher Weise vom Privatrechtsverkehre mit Vereinsgenossen wie von demjenigen mit dritten Personen, indem ein Privatrechtsverkehr des Vereines mit jenen gerade nur dadurch möglich wird, daß vom Verhältniß des Vereines und des Vereinswillens als solchen zu den Vereinsgenossen und ihrem Willen abgesehen und der Verein gleich einem eigenen Individuum behandelt wird, woraus die Behandlung seiner Organe als solcher Individuen, welche ein anderes Individuum vertreten oder seinen Willen durch den ihrigen ersetzen, folgt. Es ergibt sich daraus, daß von Delicten einer juristischen Person keine Rede sein kann, da es keine Stellvertretung in Delicten gibt. Dagegen rechnet, wenn nicht das römische, so doch jedenfalls das gemeine Recht

den juristischen Personen das Verschulden ihrer Organe als eigenes Verschulden an, wenn es um eine durch Rechtsgeschäft begründete Verantwortlichkeit für dasselbe sich handelt; ist beim Delicte das positive Verschulden des Delinquenten der Entstehungsgrund der Verpflichtung, so ist es hier die Wahrung der geschuldeten Sorgfalt, welche die Verantwortlichkeit für einen bestimmten, trotz derselben eingetretenen Erfolg aufhebt; ist aber diese Sorgfalt nicht gewahrt, so kann auch von der durch ihre Wahrung begründeten Entlastung keine Rede sein. Fremd ist dem gemeinen Rechte der Satz des römischen Rechtes, daß die Verbindlichkeit einer Gemeinde oder milden Stiftung, also wohl überhaupt einer juristischen Person zur Rückzahlung eines für sie aufgenommenen Darlehens bedingt ist durch die Verwendung des empfangenen Geldes zu ihren Zwecken. Durch diesen Satz behandelt das römische Recht die Darlehensaufnahme als ein Rechtsgeschäft, dessen Charakter als eines für die juristische Person vollzogenen sich erst durch die Verwendung des empfangenen Geldes entscheidet, indem die anderweitige Verwendung durch den Empfänger dasselbe als ein von diesem für sich selbst aufgenommenes erscheinen läßt; dies hängt aber damit zusammen, daß der Begriff des stellvertretenden Handelns im römischen Rechte noch keine scharfe Ausbildung erfahren hatte, weßhalb es die zwei Begriffe des Handelns in eigenem oder fremdem Namen und in eigener oder fremder Sache miteinander vermengte [1]).

Die Giltigkeit der im Namen juristischer Personen vollzogenen Rechtshandlungen ist gleich derjenigen jedes stellvertretenden Handelns bedingt durch Vollmacht des Handelnden; dem für eine selbständige juristische Person Handelnden kann dieselbe entweder als einem verfassungsmäßigen Organe derselben kraft eigenen Rechtes oder kraft eines höheren ihn ermächtigenden Willens zustehen; die Vertreter unselbständiger juristischer Personen sind dagegen durchweg bloße Vermögensverwalter, welche der Rechtsgemeinschaft verantwortlich sind und ihrer Aufsicht unterliegen; nichtig sind daher alle durch die Aufsichtsbehörde ihnen untersagten Verfügungen und ebenso alle Verfügungen über Stiftungsvermögen, welche den Bestimmungen der Stiftungsurkunde zuwiderlaufen,

[1]) Der angegebene Satz ist ohne irgend welche Andeutung einer hier vorliegenden Singularität für civitates durch Ulpian ausgesprochen in l. 27. D. de reb. cred. 12, 1, sodann für kirchliche Anstalten in Nov. 120. c. 6. § 3.

diese wären denn als Verwaltungsbestimmungen durch die Aufsichtsbehörde rechtsgiltig außer Kraft gesetzt.

---

## Zweiter Abschnitt. Die Sachen.

### I. Der Begriff der Sache.

Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt-Sachen 1871.

§ 30.

Der Gegensatz der Personen und der Sachen ist nicht etwa identisch mit dem Gegensatze der Rechtssubjecte und der Rechtsobjecte. Während aber die Person nie Object eines solchen Rechtes sein kann, welches ihre ganze Existenz absorbirt, so daß ihre rechtliche Bedeutung in derjenigen eines Rechtsobjectes aufginge; so ist die rechtliche Bedeutung der Sache als solcher lediglich diejenige eines Rechtsobjectes. Im Gegensatze zu den um ihrer selbst willen existirenden Personen sind Sachen diejenigen körperlichen Gegenstände, welche um der Personen willen existiren als mögliche Ergänzungen und Erweiterungen ihres eigenen äußeren Daseins.

Indem die Sachen in demjenigen Sinne, in welchem dem Begriffe der Sache eine bestimmte rechtliche Bedeutung zukommt, durchweg körperliche Gegenstände sind, so ist keine Eintheilung der Sachen die römische Unterscheidung der res corporales und incorporales[1]). Diese Unterscheidung ist aber überhaupt nicht eine solche verschiedener Objecte oder Vermögensgegenstände, sondern eine solche verschiedener Rechtsverhältnisse oder Vermögensbestandtheile. Eine res corporalis im Sinne jener Unterscheidung ist aber nicht etwa jedes Recht an einer körperlichen Sache, sondern lediglich das Eigenthum als dasjenige Recht, vermöge dessen die Sache in ihrer Totalität dem individuellen Dasein des Berechtigten einverleibt erscheint. So unterscheidet ja auch der Sprachgebrauch und die Anschauung des Lebens meine Sache von meinem Rechte in der Weise, daß er im Falle des Eigenthumes die Sache selbst, im Falle eines anderen, wenngleich an einer Sache bestehen-

---

[1]) L. 1. § 1. D. de div. rer. 1, 8. Tit. J. de reb. incorp. 2, 2.

den Vermögensrechtes dagegen nur dieses als mein, mir gehörend oder in meinem Vermögen befindlich bezeichnet; der Fall der eigenen Sache unterscheidet sich aber in Wirklichkeit vom Falle des eigenen Rechtes nicht dadurch, daß jener Fall nicht gleichfalls lediglich ein Fall eigenen Rechtes wäre, sondern durch das in diesem Falle zwischen dem Rechte, welches als solches stets etwas Unkörperliches ist, und seinem körperlichen Gegenstande bestehende besondere Verhältniß, kraft dessen die Grenze des Rechtes als eines den Gegenstand in seiner Totalität ergreifenden mit seiner eigenen Grenze sich deckt, so daß der Umfang des Rechtes durch den körperlichen Umfang seines Gegenstandes sich bestimmt. Im Gegensatze dazu sind alle anderen Vermögensrechte solche, deren Umfang nicht durch den körperlichen Umfang ihres Gegenstandes, sondern anderweitig sich bestimmt, sei nun ihr Gegenstand überhaupt keine Sache oder eine solche, welche sie nur innerhalb bestimmter, nicht durch körperliche Abgrenzung gezogener Grenzen ergreifen.

Kann aber die Unterscheidung der res corporales und incorporales schon wegen der den Sachen wesentlichen Körperlichkeit keine Eintheilung der Sachen sein, so ist doch eine solche auch nicht die Unterscheidung dreier genera corporum[2]), da sie den Begriff des corpus in einem weiteren auch die unkörperliche Vereinigung beseelter Körper in sich begreifenden Sinne versteht. Diese Eintheilung unterscheidet die einheitlichen ohne äußeres Bindemittel zusammenhängenden Körper, die zusammengesetzten aus verschiedenen aneinandergefügten Stücken bestehenden Körper, und Inbegriffe lebender Wesen, welche durch natürlichen Trieb oder rechtliche Organisation zusammengehören. Wie diese Eintheilung philosophischen Ursprunges ist, so ist auch derjenige Begriff des corpus, von welchem sie ausgeht, kein juristischer, indem im Sinne des Rechtes die Einheit eines Körpers stets durch einen äußeren Zusammenhang seiner Bestandtheile bedingt ist. Indem aber die verschiedene Beschaffenheit dieses Zusammenhanges nicht ohne rechtliche Bedeutung ist, so hat jene Eintheilung eine juristische Verwertung in dem Sinne erfahren, daß die Unterscheidung der ersten und der zweiten Art der corpora zur juristischen Unterscheidung zweier Arten von Sachen geworden ist. Gleich der ein=

---

[2]) L. 30. pr D. de usuc. 41, 3. § 18. J de legat. 2, 20.

heitlichen ist nämlich auch die zusammengesetzte eine Sache; indem aber die einzelnen ihr einverleibten Stücke durch diese Einverleibung zwar ihre ursprüngliche Existenz als eigene Sachen, aber nicht ihre ursprüngliche Beschaffenheit eingebüßt haben, so werden sie durch Auflösung der Verbindung, deren Vollziehung ihre selbständige Existenz vernichtet hatte, wieder zu denselben Sachen, welche sie vorher gewesen waren, so daß ihre Einverleibung in eine andere Sache ihre Existenz als eigene Sachen nicht für immer, sondern nur für die Dauer der Verbindung aufhob. Zugleich aber begründet die Aneinanderfügung verschiedener Stücke ihre Vereinigung zu einer Sache nur dann, wenn sie nicht nur physisch mit einander zusammenhängen, sondern durch einen ihre Verbindung beherrschenden Zweck zusammengehören. Sind verschiedene Sachen durch Zufall aneinander gekittet oder irgendwie an einer befestigt, so sind sie nicht schon durch diese unter ihnen eingetretene physische Cohärenz zu einer Sache geworden[3]; diese erfolgt vielmehr erst dadurch, daß diese Verbindung absichtlich behufs ihrer Vereinigung zu einem Ganzen vollzogen ist, sei es nun, daß das Dasein der einen Sache durch die Einverleibung der anderen (als ihrer accessio § 35) eine Erweiterung erfahren hat, oder daß das Ganze als eine durch die Vereinigung der verschiedenen Stücke entstandene Sache eigener Art erscheint.

Ist so der körperliche Zusammenhang verschiedener Stücke zwar noch kein zureichender Grund, aber doch eine unerläßliche Bedingung ihrer Vereinigung zu einer Sache, so wird die Existenz verschiedener Gegenstände als eigener Sachen in keiner Weise berührt durch irgend welche mit keinem körperlichen Zusammenhange verbundene Zusammengehörigkeit derselben. Eine so genannte Sachgesammtheit oder ein Inbegriff verschiedener demselben Zwecke dienender und mit Rücksicht auf diese Einheit ihres Zweckes durch eine Collectivbezeichnung zusammengefaßter Sachen, wie eine Bibliothek, ein Gutsinventar, ein Waarenlager und dergleichen ist daher nichts anderes als eine Summe von Sachen, welche auch nicht etwa vom Rechte gleich einer Sache behandelt wird, so daß insbesondere Gegenstand des Eigenthums und Besitzes jede der verschiedenen Sachen für sich und in keiner Weise das durch ihre

---

[3]) L. 5. § 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 27. § 2. D. de acq. dom. 41, 1.

Vereinigung gebildete Ganze ist. Wenn man im Gegensatze hiezu in der Sachgesammtheit eine sachliche Einheit gesehen hat, so daß man sie auch als Gesammtsache bezeichnet, so hat man sich dabei an die römische Bezeichnung des grex als einer eigenen universitas angeschlossen. Diese Bezeichnung erstrecken aber die Römer nicht etwa auf beliebige Sachgesammtheiten, und sie hat ihren Grund darin, daß die Thiere der Heerde nicht etwa nur wie die Bücher einer Bibliothek durch den Willen ihres Besitzers, sondern durch ihren eigenen sie zusammenhaltenden Naturtrieb zusammengehören. Daß aber auch diese natürliche Einheit der Heerde keine juristische Einheit derselben als einer eigenen Sache oder eines eigenen Rechtsobjectes ist, heben die Römer ausdrücklich hervor, indem sie betonen, daß jedes Thier für sich ein eigenes Rechtsobject sei, dessen rechtliches Schicksal durch dasjenige der anderen sich in keiner Weise bestimme [4]). Wenn die Quellen trotzdem eine eigene gregis vindicatio [5]) statuiren, so ist diese in Wirklichkeit eine Häufung verschiedener Vindicationen oder eine Vindication jedes in der Heerde befindlichen Thieres, welche nur die Besonderheit hat, daß dem Vindicanten einerseits die Aufzählung der zur Heerde gehörenden Stücke mit Rücksicht auf die durch Tod und Geburt wechselnde Zahl derselben erlassen wird, während er dafür andererseits die Gefahr übernimmt, ganz durchzufallen, wenn er sich nicht als Eigenthümer der Mehrheit erweist. Daß dagegen dem Vindicanten im Falle erwiesenen Eigenthums an der Mehrheit irgend welche nicht erweislich ihm gehörende Stücke zuerkannt würden, ist nicht der Fall [6]), und die auf Grund der gregis vindicatio ergangene Entscheidung schließt die erneute Vindication jedes einzelnen Stückes aus [7]), was sie nicht thun könnte, wenn die Vindication der Heerde nicht eine Vindication jedes Stückes derselben wäre.

---

[4]) So Pomponius in derselben L. 30. D. de usuc., deren pr. die Dreitheilung der corpora erörtert; vom grex als dem einzigen aus Sachen bestehenden corpus der dritten Art heißt es, daß es keinerlei Ersitzung universi gregis gebe, sondern singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. Daß gleich dem Besitze auch jedes Eigenthum am universus grex ausgeschlossen ist, zeigen insbesondere die Worte: singulae (sc. oves) suam causam habebunt.

[5]) L. 1. § 3. L. 3. D. de rei vind. 6, 1.

[6]) L. 2. D. de rei vind.: in restitutionem non veniunt aliena capita.

[7]) L. 21. § 1. D. de exc. rei iud. 44, 2.

Beschränkt sich aber die juristische Bedeutung der Einheit der Heerde auf jene Besonderheit der gregis vindicatio, so greift auch sie nicht etwa bei jeder beliebigen Sachgesammtheit statt [8]). Eine solche ist nichts anderes als eine Summe verschiedener durch eine Collectivbezeichnung zusammengefaßter Sachen und es ist insbesondere bei jeder Verfügung über eine solche lediglich eine Frage der Interpretation, auf welche einzelnen Sachen die Verfügung sich erstreckt; im Falle der Verfügung von Todeswegen sind dies im Zweifel diejenigen Sachen, welche der Verfügende als solche, welche zur Zeit seines Todes unter jene Collectivbezeichnung fallen, hinterlassen wird [9]), im übrigen dagegen die zur Zeit der Verfügung unter jene Bezeichnung fallenden Sachen. Wenn ich z. B. meine Bibliothek verpfände, verkaufe oder verschenke, so sind im Zweifel die Objecte dieser Verfügung keine anderen, als die zur Zeit meine Bibliothek bildenden Bücher; sie sind es, durch deren Wert der Gläubiger die Befriedigung seiner Forderung gesichert sieht; sie sind es, welche der Käufer haben will und nach deren Wert der Kaufpreis sich bemißt; sie sind es ebenso, um welche der Beschenkte bereichert werden soll, und es fehlt an jedem Grunde, weshalb beliebige vom Verpfänder, Verkäufer oder Schenker später erworbene Bücher gleichfalls als verpfändet, verkauft oder verschenkt gelten sollten. Wollte man letzteres deßhalb annehmen, weil nicht sowohl die Summe der einzelnen Bücher als vielmehr die Bibliothek als solche das Object der Verfügung gebildet habe, so müßte man ebenso annehmen, daß diejenigen Bücher, welche der Verpfänder, Verkäufer oder Schenker nachträglich aus seiner Bibliothek ausscheidet, damit aus dem Inbegriffe der verpfändeten, verkauften oder verschenkten Objecte ausscheiden; daß aber eine solche Annahme der Absicht des betreffenden Geschäftes zuwiderliefe, ist offensichtlich. Davon, daß im Allgemeinen die einer veräußerten Sachgesammtheit nachträglich hinzugefügten Stücke von der Veräußerung ergriffen würden, wissen denn auch die Quellen nichts; vielmehr statuiren sie dies nur bezüglich der zu einer verpfändeten Heerde hinzugeborenen [10]) Stücke, deren Haftung nicht aus der Verpfändung der Heerde, als einer sie in sich begreifen-

---

8) L. 3. § 1. D. de rei vind.
9) L. 28. D. quando dies 36, 2.
10) L. 13. pr. D. de pign. 20,1.

den, sondern aus der Verpfändung der Mutterthiere vermöge ihrer Erstreckung auf die Früchte der verpfändeten Sachen sich ergibt. Daß die Verpfändung einer Sachgesammtheit nicht eine Verpfändung ihres zur Zeit vorhandenen, sondern eine solche ihres seiner Zeit d. h. zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechtes vorhandenen Bestandes sei, statuiren die Quellen nicht etwa kraft des Begriffes der Sachgesammtheit, sondern kraft der anzunehmenden Absicht der Parteien im Falle der Verpfändung einer taberna oder eines kaufmännischen Geschäftes [11]). Ist dieses selbst kein mögliches Pfandobject, so wird seine Verpfändung aufrecht erhalten durch ihre Deutung als Verpfändung seines Waarenbestandes. Indem aber die Annahme einer Verpfändung des dermaligen Waarenbestandes den ferneren Betrieb des Geschäftes im Widerspruche mit den Interessen des Gläubigers unmöglich machen würde, so ergibt sich die andere den pfandfreien Verkauf der Waaren zulassende, dafür aber die Verpfändung auf die zum Ersatze der verkauften Waaren neu angeschafften erstreckende Auslegung als die der Absicht des Geschäftes gemäße [12]).

Den Sachgesammtheiten oder sog. universitatis facti pflegte man die sog. universitates iuris oder Vermögens-Inbegriffe entgegenzustellen. Handelt es sich dort um einen Inbegriff thatsächlich zusammengehörender Vermögensobjecte, so handelt es sich hier um einen Inbegriff rechtlich zusammengehörender vermögensrechtlicher Verhältnisse [13]). Indem aber diese Zusammengehörigkeit in den einzelnen Fällen der universitates iuris, unter welchen man die hereditas, die dos und das peculium hervor-vorzuheben pflegte, selbst wieder von verschiedener Art ist, so ist jener ganze Begriff ein unfruchtbarer, mit welchem eine bestimmte rechtliche Bedeutung sich nicht verbindet. Insbesondere ist ohne

---

[11]) L. 34. pr. D. de pign. 20, 1.

[12]) Wenn in L. 34 speciell diejenigen Waaren als Pfandobjecte bezeichnet werden, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, so beruht dies darauf, daß durch den Tod des Verpfänders sein Geschäftsbetrieb erlischt, so daß jetzt kein Wechsel der Pfandobjecte mehr eintreten kann; daß vor seinem Tode das Pfandrecht nicht hätte geltend gemacht werden können, ist damit nicht gesagt; es ist lediglich die vorher gestellte Frage bejaht, ob trotz des Wechsels des Waarenbestandes omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit.

[13]) L. 20. § 10. D. de her. pet. 5, 3. L. 40. D. de pec. 15, 1.

Grund die früher für universitates iuris aufgestellte Regel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, wonach anstatt veräußerter Stücke die durch ihre Veräußerung erlösten Gelder, und anstatt ausgegebener Gelder die durch ihre Aufwendung erworbenen Stücke zu Bestandtheilen der universitas werden sollten. Der Rechtssatz aber, aus welchem man diese Regel abgeleitet hat, geht lediglich dahin, daß ein Universalsuccessor anstatt veräußerter Vermögensstücke die gegen sie eingetauschten fordern kann; sie beruht also auf einem unzulässigen Schlusse einerseits von der Universalsuccession auf die universitates iuris und andererseits von jener Befugniß auf eine ipso iure eintretende Ersetzung des einen Stückes durch das andere.

## II. Die Sache als Rechtsobject.

De rerum divisione. J. 2, 1. D. 1, 8.

Brinz Pand. 2. Aufl. § 125—128.

### § 31.

Nicht alle Sachen sind überhaupt Privatrechtsobjecte und manche sind es nur innerhalb bestimmter Grenzen. Der Grund dieses Ausschlusses liegt theils darin, daß gewisse Sachen sich von Natur der menschlichen Beherrschung entziehen, theils darin, daß sie durch das Recht der privaten Beherrschung entzogen sind.

Als solche Sachen, welche unmittelbar durch ihre Natur der menschlichen Beherrschung sich entziehen, pflegt man zu bezeichnen die atmosphärische Luft und die frei fließende Wasserwelle. Der Grund, aus welchem diese nicht Rechtsobjecte sind, liegt aber nicht allein in ihrer freien Bewegung, welche ihre thatsächliche Beherrschung zwar erschwert, aber nicht schlechthin ausschließt; denn andere Flüssigkeiten und Gase werden durch ihr Ausströmen keineswegs zu herrenlosen, wenngleich ihnen gegenüber die Schwierigkeit der Herstellung ihrer thatsächlichen Beherrschung dieselbe ist. Vielmehr gründet sich die Herrenlosigkeit der Luft und des Wassers auch darauf, daß sie einerseits allgemeine Lebensbedingungen und andererseits relativ wertlos sind. Ihre Herrenlosigkeit schließt aber weder die Beherrschung des Raumes, innerhalb dessen die Luft oder das Wasser sich bewegt, noch das Eigenthum an dem nicht mehr frei ab- und zufließenden Wasser aus.

Von der freien Bewegung der Luft und des Wassers ist wesentlich zu unterscheiden diejenige ungezähmter Thiere. Daß diese so lange in niemandes Eigenthum sind, als niemand sich ihrer bemächtigt hat, versteht sich von selbst; indem aber nach römischem Rechte das an ihnen entstandene Eigenthum dadurch erlischt, daß es ihnen gelingt, ihre natürliche Freiheit wieder zu erlangen, so erkennt es damit ihr Dasein im Zustande der natürlichen Freiheit als ein solches an, welches durch ihren eigenen Willen beherrscht wird und dadurch der Herrschaft fremden Willens sich entzieht.

Wenn außerdem noch als ein der menschlichen Beherrschung sich entziehendes Object das offene Meer bezeichnet wird, so ist es ein solches im Sinne eines zwar nicht der menschlichen Benützung, aber jeder wirklichen von seiner Benützung andere ausschließenden Beherrschung sich entziehenden Dinges, und zwar gilt dies nicht nur von der privaten, sondern ebenso von der staatlichen Beherrschung, da das Meer keinem Staatsgebiete angehört. Die Meeresküste dagegen, welche so weit reicht, als die Flut steigt, ist nicht nur ein Bestandtheil des Staatsgebietes, sondern kann durch die Errichtung von Anlagen auf derselben auch ein Gegenstand privater Beherrschung werden, welcher sie sich aber dadurch wieder entzieht, daß die auf ihr errichteten Anlagen durch die Gewalt des Meeres zerstört werden [1]).

Wegen ihrer Naturbeschaffenheit von Rechtswegen zum Gemeingebrauche bestimmt und daher jeder ihre bestimmungsgemäße allgemeine Benützung ausschließenden Privatberechtigung entzogen sind die öffentlichen Flüsse [2]), welche daher wohl Gegenstände bestimmter privater Nutzungsrechte, dagegen nicht Objecte des Eigenthums sind. Dagegen ist das Flußufer zwar Object des Eigenthums; dasselbe unterliegt aber den durch die Notwendigkeit der Betretung des Ufers behufs bestimmungsgemäßer Benützung des Flusses gegebenen Beschränkungen; inwieweit der Fluß dem gemeinen Gebrauche zu dienen bestimmt und daher seine private Beherrschung ausgeschlossen und diejenige seines Ufers beschränkt ist, das ist eine nicht gemeinrechtlich geregelte Frage. Eine scharfe

---

[1]) L. 14. D. de adq. dom. 41, 1.

[2]) D. de fluminibus. 43, 12.

Abgrenzung der Flüsse gegen bloße Bäche enthält das römische Recht nicht; indem es auf die Größe und die Auffassung der Anwohner verweist, so erklärt es zwar im Allgemeinen jene, im einzelnen Falle aber diese für maßgebend, d. h. unterscheiden sich im Allgemeinen die Flüsse von den Bächen durch ihre Größe, so bemißt sich bei der unumgänglichen Unsicherheit dieses Maßstabes die Eigenschaft des einzelnen Gewässers durch das Herkommen, indem es zu den Flüssen zählt im Falle seiner herkömmlichen Behandlung als eines öffentlichen, dem Gemeingebrauche dienenden Gewässers. Fällt aber so der rechtliche Gegensatz der Flüsse und der Bäche, oder der bedeutenderen und der unbedeutenderen natürlichen Wasserläufe zusammen mit dem Gegensatze der öffentlichen und der privaten, indem die Bedeutung des Wasserlaufes als eines öffentlichen ihn als einen solchen erscheinen läßt, welcher in den Augen der Betheiligten zu den bedeutenderen oder zu den Flüssen zählt; so sind von der Bedeutung öffentlicher Flüsse diejenigen schlechthin ausgeschlossen, welche nicht beständig fließen und daher nicht fähig sind dem Gemeingebrauche, um dessen willen die öffentlichen Flüsse dem Privateigenthum entzogen sind, beständig zu dienen [3]).

Während aber die öffentlichen Flüsse dem Eigenthume Einzelner unstreitig entzogen sind, so ist bestritten, ob sie nicht gleich den öffentlichen Straßen im Eigenthume der Gemeinschaft stehen. Die Bezeichnung einer Sache als einer öffentlichen oder publica bezeichnet eine bestimmte Beziehung derselben zum populus; diese kann nun eine solche zum populus als einem organisirten Ganzen oder zum Staate sein, so daß eine öffentliche Sache diejenige ist, welche im Eigenthume des Staates steht; sie kann aber auch eine solche zum populus als der Summe der Bürger sein, so daß die Sache als eine öffentliche deßhalb erscheint, weil ihre Benützung jedem Bürger zusteht. Es ist nun kein Zweifel, daß das den Flüssen mit den Objecten des Staatseigenthums gemeinsame Prädicat des öffentlichen gelegentlich dazu Veranlassung gegeben hat, sie mit diesen als Sachen gleicher Art zusammenzustellen [4]). Wenn

---

[3]) L. 1. § 1—3. D. de flum.

[4]) So rechnet Ulpian in L. 1 pr. D. de interd. 43, 1 die Flüsse entschieden zu den Objecten des Staatseigenthums, wenn er von denjenigen Sachen, quae nullius sunt, diejenigen unterscheidet, quae sunt alicuius und hier wieder unterscheidet publica und singulorum, worauf er als Inter-

aber die dem gemeinen Gebrauche dienenden Objecte des Staats- oder Gemeindeeigenthums als Eigenthumsobjecte sich dadurch erweisen, daß die Nutzungen, welche sie unbeschadet des Gemeingebrauchs abzuwerfen vermögen, ihrem Eigenthümer zustehen und daß sie durch Verfügung ihres Eigenthümers der durch diesen ihnen verliehenen Bestimmung zum Gemeingebrauche wieder entzogen werden können, so ist bei den öffentlichen Flüssen die Bestimmung zum Gemeingebrauche eine solche, welche durch ihre natürliche Beschaffenheit gegeben ist und nur dadurch, daß diese sich ändert, erlischt; indem nun in diesem Falle das verlassene Flußbett in das Eigenthum der Anlieger fällt, so wird es entschieden als ein jetzt erst zum Vorschein kommendes Eigenthumsobject behandelt [5]), was es als bisheriges Object des Staatseigen-

---

dicte, welche der ersteren Kategorie gelten, diejenigen nennt de viis deque fluminibus publicis.

[5]) Als einen „sicheren Beweis", daß diese Behandlung „der Rechtsconsequenz nicht gemäß" sei, bezeichnet A. Pernice (Labeo I. 275 f.) eine dies allerdings aussprechende Bemerkung Labeos (L. 65. §. 4. D. de acq. dom. 41. 1). Wenn aber jene Behandlung im Widerspruche mit dem angeblichen Eigenthume des Staates steht und wenn andererseits dieses Staatseigenthum in keinem einzigen Rechtssatze sich praktisch wirksam erweist; ist es dann nicht richtiger, trotz Labeo und Ulpian ein Eigenthum zu verneinen, welches nirgends zum Vorschein gelangt und gerade an demjenigen Punkte, an welchem seine Existenz sich praktisch erproben müßte, verleugnet wird? Dazu kommt, daß die Bezeichnung des flumen als publicum die Bedeutung, dasselbe als Object des Staatseigenthums zu bezeichnen, genau genommen gar nicht haben kann. Ein mögliches Eigenthumsobject ist der Fluß überhaupt nur, wenn wir ihn mit dem alveus oder demjenigen Grundstücke, über welches er fließt, identificiren. Daß aber die Römer dieses nicht thun, zeigt nicht nur die Behandlung des alveus derelictus als eines solchen, auf welchen die Publicität des flumen sich nicht erstreckt, sondern es ist uns auch ausdrücklich bezeugt, daß es die Publicität des Gewässers als solchem ist, welche diejenige seines Bettes nach sich zieht. Und zwar ist es Ulpian, welcher dies hervorhebt, indem er die Publicität des jeweiligen Flußbettes auf die Unmöglichkeit zurückführt, ut alveus fluminis publici non sit publicus (L. 1. § 7. D. de flum. 43, 12). Ebenso ergibt sich die Identität des Flusses mit dem Gewässer als solchem aus L. 1 cit. § 11. — Wie wenig aus der Bezeichnung einer Sache als einer öffentlichen zu schließen ist, ergibt L. 3 pr. eod. tit., wo Paulus dem Flußufer, und L. 14. D. de acq. dom 41. 1, wo Neratius der Meeresküste jenes Prädicat beilegt. Wenn der letztere solche res publicae, quae in patrimonio sunt populi, und solche unterscheidet, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt, so gehören der letzteren Masse die öffentlichen Gebäude oder Straßen keinenfalls, wohl aber die öffentlichen Flüsse an. Daß die von Paulus statuirte Publicität des Flußufers keine andere Bedeutung hat, als die einer Beschränkung des privaten Eigenthums durch

thums nicht wäre; wollte man aber sagen, daß das Flußbett letzteres nur folgeweise wegen des Eigenthums am Flusse als solchem gewesen und deßhalb mit dem Wegfalle des Flusses das Eigenthum an seinem bisherigen Bette erlösche, so würde man übersehen, daß von einem Eigenthum am Flusse überhaupt nur die Rede sein kann im Sinne der Beherrschung des Flußbettes und des über ihm sich erhebenden Raumes, da ja das Wasser des Flusses dem Eigenthume schlechthin entrückt ist. Was von Flüssen gilt, gilt in gleicher Weise von Seen; dagegen nicht von den in einem durch Menschenhand hergestellten Bette sich bewegenden Gewässern.

Mit den vermöge ihrer Naturbeschaffenheit der menschlichen Beherrschung sich entziehenden oder der ausschließlichen Beherrschung Einzelner durch das Recht entzogenen Gegenständen sind nach heutigem Rechte diejenigen Sachen erschöpft, welche nicht Eigenthumsobjecte sind. Das römische Recht hatte außerdem als Sachen, welche nicht Objecte menschlichen Eigenthums sind, die res divini iuris [6]) betrachtet, während heutzutage die nach römischem Rechte unter jene Kategorie fallenden Sachen im Eigenthume der Kirchen oder Gemeinden zu stehen pflegen, aber eben so gut im Eigenthume einzelner Menschen stehen können. Insbesondere ist nach heutigem Rechte auch der menschliche Leichnam ein mögliches Object des Eigenthums [7]). Wie jedes Stück des lebendigen Körpers durch seine Abtrennung von diesem aus einem Stücke der unmittelbaren Erscheinung der Person zu einem Stücke ihres mittelbaren äußeren Daseins oder zum Objecte ihres Eigenthums wird [8]), so kann die Person ihren eigenen Leichnam anderen zu Eigenthum zuwenden, falls ihre Verfügung der guten Sitte nicht zuwiderläuft; dagegen ist der Leichnam kein Stück ihrer Erbschaft, so daß er nicht etwa in Ermangelung eigener Verfügung über denselben im Eigenthum der Erben steht; vielmehr steht den

---

den usus publicus, ist unbestreitbar. Wie aber Pomponius in L. 30. § 2. D. de acq. dom. betont, so ist in gleicher Weise dem Flußbette selbst gegenüber der usus publicus dasjenige Moment, welches das Privateigenthum ausschließt, weßhalb der ausgetrocknete alveus Privateigenthum wird, quia iam populus eo non utitur.

[6]) Hölder, Institutionen. 2. Aufl. S. 145.

[7]) So mit Recht Dernburg, Pand. I. 158.

[8]) Vgl. darüber Hölder, Beitr. zur Gesch. d. röm. Erbr. S. 7 f.

Ueberlebenden die Befugniß der Verfügung über denselben nicht kraft Privatrechtes, sondern nur als Correlat der Beerdigungspflicht zu.

Außer den dem Eigenthume überhaupt oder wegen des an ihnen angenommenen göttlichen Eigenthums dem menschlichen Eigenthume entrückten Sachen behandelte das römische Recht als res extra commercium oder als solche Sachen, welche nicht Gegenstände privater Verfügung sind, gewisse dem Staate oder einer Gemeinde gehörende Sachen [9]). Unter ihnen unterschied man nämlich nach der Verschiedenheit ihrer wirtschaftlichen Bestimmung die zwei Arten der im patrimonium des Staates und der Gemeinde befindlichen und der im usus publicus stehenden Sachen. Die wirtschaftliche Bestimmung der ersteren Sachen ist derjenigen der im Eigenthume Privater stehenden Sachen gleichartig, indem sie für die Bedürfnisse der Gemeinschaft als solche, welche von denjenigen ihrer Theilnehmer verschieden sind, durch ihre Vertreter in gleicher Weise wie andere Sachen für die gleichen Bedürfnisse ihres Eigenthümers durch diesen oder seine Vertreter verwaltet und verwendet werden; sie sind daher Eigenthum des Staates oder der Gemeinde als einer solchen Person, welche den Personen ihrer Bürger gegenüber steht als ein von ihnen verschiedenes Subject gleichartiger Bedürfnisse. Indem dagegen andere Sachen des Staates und der Gemeinde ihren Bedürfnissen als solchen dienen, welche gemeinsame Bedürfnisse sämmtlicher Staats- oder Gemeindegenossen als solcher sind, so scheinen sie der Gemeinschaft nicht als einer von der Summe der Genossen verschiedenen, sondern als einer mit der Gesammtheit dieser zusammenfallenden zu gehören. Wenn aber auch bestimmte Sachen der Gemeinschaft, wie die öffentlichen Straßen und Plätze oder die für Zusammenkünfte der gesammten Bürgerschaft bestimmten öffentlichen Gebäude, dem Bedürfnisse der Gemeinschaft als einem ihren sämmtlichen Genossen unmittelbar gemeinsamen Bedürfnisse dienen, so geht doch ihr rechtliches Dasein in jener Bestimmung nie auf. Durch diese Bestimmung wird nämlich die andere Bestimmung der öffentlichen Sachen, den pecuniären Bedürfnissen der Gemeinschaft als solchen zu dienen, welche von denjenigen ihrer Genossen verschieden sind,

---

[9]) L. 6. pr. D. de contr. emt. 18, 1.

zwar in den Hintergrund gedrängt, aber nicht ausgeschlossen, und insoweit als dieselbe unbeschadet jener erfüllt werden kann, stehen diese Sachen gleich anderen Objecten des Staats- oder Gemeindeeigenthums im patrimonium des Staates oder der Gemeinde; denn diesem gehört jeder Ertrag an, welchen die Sache trotz des Gemeingebrauches, sei es unmittelbar oder mittelbar, abwirft, sowie jeder sonstige durch eine solche Sache vermittelte, dem Eigenthümer als solchem zufallende Gewinn, wie z. B. die Hälfte des in einem locus publicus gefundenen Schatzes. Zugleich ist aber jene Bestimmung für den Gemeingebrauch eine solche, welcher die Sache wieder entfremdet werden kann, und zwar durch eine Verfügung derselben Gemeinschaft, deren Sache sie ist. Jene Sachen sind daher schlechthin Objecte des Staats- oder Gemeindeeigenthums, da ihre Bestimmung für den Gemeingebrauch als eine durch den eigenen Willen des Staates oder der Gemeinde gegebene und der Aufhebung durch denselben Willen ausgesetzte nicht etwa eine rechtliche Beschränkung jenes Eigenthums begründet. Wohl aber kann jene Bestimmung eine rechtliche Beschränkung der zur Veräußerung öffentlichen Eigenthums befugten Organe begründen. Indem den wirtschaftlichen Bedürfnissen ihres Eigenthümers eine Sache nicht nur unmittelbar durch ihre Benützung, sondern auch mittelbar durch ihre entgeltliche Veräußerung zu dienen vermag, so ist die entgeltliche Veräußerung der im patrimonium der Gemeinschaft befindlichen Sachen ein Act bestimmungsgemäßer Verwaltung und Verwendung des Vermögens der Gemeinschaft. Ein solcher Act ist dagegen die Veräußerung der dem Gemeingebrauche, sowie aller nicht den pecuniären, den Bedürfnissen einzelner Personen gleichartigen, sondern den specifischen Bedürfnissen des Gemeinwesens als solchen dienenden Sachen nicht, weßhalb die Ermächtigung eines zur Veräußerung öffentlichen Eigenthumes befugten Organes der Gemeinschaft auf solche Sachen sich nicht erstreckt. Sie sind daher res extra commercium oder der privatrechtlichen Verfügung durch die den Staat oder die Gemeinde als Privatrechtssubject vertretenden Personen entzogen, so lange sie nicht ihrer Bestimmung für die specifischen Bedürfnisse der Gemeinschaft rechtlich entkleidet sind; die Frage nach den Organen, durch welche, und den Voraussetzungen, unter welchen sie dieser Bestimmung entkleidet werden können, ist aber eine Frage des

öffentlichen Rechtes, und insbesondere bemißt sich nach diesem die Frage, ob es heutzutage, wie dies nach römischem Rechte der Fall gewesen war, der vorhergehenden Aufhebung jener Bestimmung bedarf, um die Veräußerung zu ermöglichen, oder ob jene erfolgen kann als eine durch den Act der Veräußerung selbst sich vollziehende; nur insoweit als das Erste der Fall ist, können die betreffenden öffentlichen Sachen heutzutage noch als res extra commercium oder der privatrechtlichen Verfügung entzogen gelten. Objecte des Staats- oder Gemeindeeigenthums waren sie aber durchweg schon nach römischem Rechte und als solche unterscheiden sie sich von den öffentlichen Gewässern dadurch, daß der Gemeinschaft der Nutzen zufällt, welchen sie unbeschadet ihrer specifischen Bestimmung gewähren, daß sie jener Bestimmung durch die Organe der Gemeinschaft entkleidet werden können und daß durch die Aufhebung jener Bestimmung ihre durch dieselbe gegebene Absonderung vom patrimonium der Gemeinschaft erlischt.

Die Befugniß bestimmungsgemäßer Benützung, welche dem Einzelnen in Bezug auf die zum Gemeingebrauche bestimmten Sachen zusteht, ist nicht ein eigenes Privatrecht an diesen Sachen; der ihr zu Theil werdende rechtliche Schutz ist vielmehr ein Stück des Schutzes, welcher jedem Theilnehmer der Gemeinschaft als solchem zu Theil wird; durch jene Befugniß wird daher weder die Herrenlosigkeit der öffentlichen Flüsse aufgehoben, noch das Eigenthum der Gemeinschaft an anderen öffentlichen Sachen beschränkt, und Privatrechte erzeugt sie nur mittelbar als Forderungen gegen andere durch Störung des Gemeingebrauches die Freiheit der individuellen Bewegung verletzende oder mit Verletzung bedrohende Personen.

**Anmerkung.** Das aus Anlaß eines bestimmten Rechtsstreites (über die Baseler Festungswerke) durch Keller und Ihering bestrittene Eigenthum der Gemeinschaft an den res publicae in publico usu kann jetzt wieder als allgemein anerkannt gelten. Das von seinen Gegnern an jener Sache statuirte „Hoheitsrecht" scheitert schon daran, daß es sich nur als staatliches und nicht auch als ein solches der Gemeinde denken ließe. Die besondere Bestimmung jenes „publicistischen" Eigenthums durch Eisele (über das Rechtsverhältniß der res publicae in publico usu, 1873) als eines durch seinen besonderen Zweck! specifisch bestimmten und beschränkten beachtet nicht hinreichend, daß diese Zweckbestimmung als eine durch den eigenen Willen des Eigenthümers gegebene und der Aufhebung durch diesen ausgesetzte den Inhalt und Umfang

seines Rechtes nicht berührt (Kr. Vierteljahrsschr. Bd. 16. S. 443 ff.). Daß die Befugniß des Einzelnen zur bestimmungsgemäßen Benützung jener Sachen kein das Eigenthum der Gemeinschaft beschränkendes Privatrecht ist, zeigt sich insbesondere darin, daß im Verhältnisse zur Gemeinschaft jene lediglich in der Theilnahme an dieser wurzelnde Befugniß keinen Rechtsschutz genießt. Mit Recht findet daher Dernburg (Pand. § 71) die charakteristische Besonderheit der öffentlichen Sachen nicht sowohl speciell in ihrer Bestimmung zum Gemeingebrauche als vielmehr darin, daß sie unmittelbar den öffentlichen Zwecken dienen.

## III. Verschiedenheiten der Sachen.

### 1. Beweglichkeit und Theilbarkeit.

### § 32.

Die wichtigste Verschiedenheit der Sachen ist diejenige der unbeweglichen Sachen oder Grundstücke und der beweglichen Sachen[1]). Während die bewegliche Sache ein eigenes körperliches Ganzes ist, so ist das Grundstück, wie sein Name besagt, lediglich ein durch willkürliche räumliche, den körperlichen Zusammenhang nicht aufhebende Abgrenzung zur eigenen Sache erhobenes Stück eines körperlichen Ganzen. Eine einzelne Consequenz dieser Eigenschaft des Grundstückes ist seine Unbeweglichkeit, auf welcher daher manche, aber keineswegs alle rechtlichen Besonderheiten der Grundstücke beruhen. Andere Besonderheiten derselben beruhen auf der besonderen Beschaffenheit ihrer Abgrenzung, welche von derjenigen anderer Sachen nicht nur nach horizontaler Richtung durch den körperlichen Zusammenhang des Grundstückes mit den Nachbargrundstücken, sondern auch nach verticaler Richtung sich unterscheidet, indem sowohl das Grundstück selbst nach unten ohne greifbare Grenze ist, als auch die Beherrschung desselben bedingt ist durch eine gewisse Beherrschung des über ihm sich erhebenden Raumes. Die Herrschaft über Grundstücke ist daher eine der speciellen rechtlichen Normirung an bestimmten Punkten bedürftige und vermöge dieser theils durch nachbarliche Rücksichten beschränkte, theils über die unmittelbaren Grenzen des Grundstückes hinaus erweiterte. Die Unterscheidung

---

[1]) L. 1. § 1. D. usufr. quem. 7, 9. Unter den beweglichen Sachen hoben die Römer die sich selbst bewegenden besonders hervor, wie sie auch unter den Grundstücken wieder verschiedene Arten unterschieden. L. 93, 115, 211. D. de V. S. 50, 16.

der beweglichen und unbeweglichen Sachen hat das deutsche Recht, welches ihr im Gegensatze zum römischen eine principielle Bedeutung beilegte, erweitert zur Unterscheidung des beweglichen und unbeweglichen Vermögens; das letztere ist im Allgemeinen identisch mit den Rechten an unbeweglichen Sachen; doch besteht kein Einverständniß über die Behandlung des Pfandrechtes an solchen und der auf solche sich beziehenden Forderungen.

Mit dem Begriffe der unbeweglichen Sachen hängt der Begriff der theilbaren Sachen zusammen, indem alle unbeweglichen Sachen als solche theilbar sind. Theilbar ist diejenige Sache, welche in mehrere Sachen derselben Art sich zerlegen läßt. Diese Zerlegung kann aber erfolgen theils durch Aufhebung ihres körperlichen Zusammenhanges, theils durch bloße räumliche, ihren körperlichen Zusammenhang nicht aufhebende Abgrenzung. Indem im Gegensatze zur Einheit anderer Sachen diejenige des Grundstückes auf willkürlicher räumlicher Abgrenzung beruht, so kann sie ebenso durch beliebige Ziehung einer Raumgrenze innerhalb desselben aufgehoben werden, und indem seine Einheit eine willkürliche ist, so ist sie auch lediglich eine relative, so daß dasselbe Stück des Erdbodens, welches im übrigen nicht als ein eigenes Grundstück, sondern als Bestandtheil eines solchen behandelt wird, durch Begründung bestimmter, auf dasselbe sich beschränkender Rechtsverhältnisse in Ansehung dieser zum eigenen Grundstücke wird; nimmt z. B. jemand von einem bestimmten Stücke eines fremden Ackers Besitz, so ist dasselbe dadurch in seiner Eigenschaft als Object eines eigenen Besitzes zu einer eigenen Sache geworden, während der Acker fortfährt, als Object eines Eigenthums und in dieser Eigenschaft als eine Sache zu gelten. Das ist es, was die römischen Juristen meinen, wenn sie erklären, daß ausschließlich an Grundstücken partes pro diviso möglich seien. Indem die divisio die bisherige pars zur eigenen Sache erhebt, so enthält an sich die Annahme einer pars pro diviso oder eines als eigene Sache geltenden Theiles einer anderen Sache einen logischen Widerspruch; dieser Widerspruch hebt sich aber durch die Erwägung, daß die Eigenschaft der Grundstücke als eigener Sachen überhaupt auf willkürlicher Annahme beruht; kann dasselbe Object nicht gleichzeitig ein eigenes körperliches Ganzes und ein bloßes Stück eines körperlichen Ganzen sein, so kann doch, wenn das Recht ein Stück

eines körperlichen Ganzen einem eigenen körperlichen Ganzen gleichstellt, diese Gleichstellung auf bestimmte rechtliche Beziehungen sich beschränken, so daß das betreffende Stück in diesen als eigene Sache, in anderen Beziehungen dagegen als Bestandtheil einer Sache gilt [2]).

Im Gegensatze zu Grundstücken lassen sich bewegliche Sachen nicht ohne Aufhebung ihres körperlichen Zusammenhanges in mehrere Sachen zerlegen [3]); eine Theilung ist aber diese Zer-

---

[2]) L. 8. D. de rei vind. 6, 1. L. 6. § 1. D. comm. pr. 8, 4. L. 60. pr. D. de V. S. 50, 16.

[3]) A. M. Windscheid, Pand. § 142. Anm. 4 und Eck, Kr. Vjschr. Bd. 19. S. 225. Für ihre Annahme beweist aber nichts die von ihnen citirte L. 36. D, de serv. urb. 8, 2, welche von einem Gebäude, also von einem Grundstücke spricht. Würde sodann Paulus in L. 83. D. pro socio 17, 2 die rechtliche Getheiltheit der arbor in confinio nata wirklich annehmen, so wäre dadurch doch nur die Getheiltheit der durch Ablösung von verschiedenen Grundstücken entstandenen beweglichen Sache anerkannt, aus welcher als einer ursprünglichen und auf der Getheiltheit der Grundstücke, aus welchen die Sache hervorgegangen war, beruhenden die Möglichkeit der Zerlegung einer beweglichen Sache ohne Aufhebung ihres körperlichen Zusammenhangs noch nicht folgen würde. Auch in jenem Falle verneint aber Paulus selbst in L. 19. D comm. div. 10, 3 mit voller Entschiedenheit die Getheiltheit mit der durchaus zutreffenden Begründung: quod erat finitis partibus, rursus confunditur. In gleichem Sinne ist denn auch L. 83 cit. zu verstehen. Sie fragt zunächst, ob nicht der gefällte Baum zu demselben Theile im Eigenthume der verschiedenen Grundeigenthümer sein müsse, zu welchem der stehende Baum sich in ihm befand. Sie fügt sodann die Frage bei, ob nicht noch viel mehr als zwei mit einander verschmolzene Massen der Baum durch seine Ablösung vom Boden propriam substantiam in unum corpus redactam erhalte. Wenn nun der Schlußsatz erklärt:

> sed naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque haberi . . . quantam et in terra habebat,

so ist damit nicht jene die Getheiltheit ausschließende körperliche Einheit verneint, sondern die Getheiltheit des stehenden Baumes als maßgebend bezeichnet für die Größe des am Eigenthume des gefällten Baumes jedem zustehenden Antheiles. Selbst dann aber, wenn Paulus hier die Getheiltheit des Baumes, die er in L. 19 cit. verneint, annehmen würde, so wäre doch die Bestimmung der L. 19 schon deshalb vorzuziehen, weil sie allein praktisch durchführbar ist; fehlt es doch hier nicht nur an der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges, sondern auch an einer wahrnehmbaren Raumgrenze, ohne welche die Getheiltheit sich nicht erkennen läßt. Ist eine solche Grenze innerhalb einer beweglichen Sache gezogen, so kann sie nur die Bedeutung einer Anweisung sei es bezüglich der Theilung der Sache oder bezüglich ihrer Benützung haben; im ersten Falle kann sie, wie in dem von Eck angeführten Beispiele der als Eigenthum der verschiedenen Miteigenthümer bezeichneten Coupons, den einzelnen Miteigenthümer zur einseitigen Vollziehung der körperlichen Zerlegung ermäch-

legung, wenn der Gattungscharakter der Sache nicht auf ihrer durch ihre Zerlegung notwendig zerstörten Form, sondern auf ihrer Eigenschaft als Quantum eines bestimmten Stoffes beruht.

Jede überhaupt theilbare Sache ist an sich unbegrenzt theilbar; dagegen ist keine Sache unbeschadet ihres Wertes unbegrenzt theilbar[4]). Während es Sachen gibt, welche wie ein Diamant von seltener Größe sich überhaupt nicht unbeschadet ihres Wertes theilen lassen, so läßt weder ein Grundstück noch ein bestimmtes Quantum irgend eines Stoffes über eine bestimmte Grenze hinaus sich zerstückeln, ohne einen mit fortschreitender Zerstückelung wachsenden Theil seines Wertes einzubüßen. Während aber die Theilbarkeit der Grundstücke als eine unbeschadet ihres körperlichen Bestandes sich realisirende für sich von rechtlicher Bedeutung ist, so ist die Theilbarkeit beweglicher Sachen von rechtlicher Bedeutung nur als eine unbeschadet ihres Wertes realisirbare, indem diese für den eine Rechtsgemeinschaft auflösenden Theilungsrichter die Befugniß und die Verpflichtung der Realtheilung begründet[5]).

Vermöge des das Eigenthum mit der Sache identificirenden Sprachgebrauches (S. 134 f.) redet man von einer Theilung der Sache in übertragenem Sinne[6]) auch dann, wenn ihr Eigenthum zum gemeinsamen Eigenthume verschiedener Personen geworden ist. Die Rechtsgemeinschaft schließt als solche keinerlei Theilung in sich; indem sie aber die Befugniß jedes Genossen in sich schließt, ihre Auflösung durch Theilung zu fordern, so ist sie stets verbunden mit der Festsetzung eines bestimmten, für diese eventuelle Theilung maßgebenden Verhältnisses, und mit Rücksicht auf dieses als ein solches, dessen Realisirung zu fordern jedem Genossen jederzeit zusteht, wird dem Einzelnen während des Bestandes der

---

tigen, kann aber nie diese ersetzen. Daß die Zerlegung die Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges nicht erfordere, folgt nicht daraus, daß der körperliche Zusammenhang nicht schon für sich die Mehrheit der zusammenhängenden Sachen ausschließt (S. 136).

[4]) Die Untheilbarkeit als solche und die Unmöglichkeit der Theilung unbeschadet des Wertes der Sache, welche vielfach nicht hinreichend auseinander gehalten werden, unterscheidet L. 26. § 2 D. de legat. I. (30).

[5]) § 5. J. de off. iud. 4, 7.

[6]) Man spricht hier von intellectuellen Theilen. L. 5. D. de stip. serv. 45, 3.

Gemeinschaft ein sogen. intellectueller Theil des Eigenthums und seines Objectes zugeschrieben im Sinne der Anwartschaft auf eine bestimmte Quote seines Wertes, welche im Falle der Theilbarkeit der Sache die Anwartschaft auf das Eigenthum eines entsprechenden Stückes derselben in sich schließt.

## 2. Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit.

### § 33.

Wie die Eigenschaft der Zerlegbarkeit als eine jeder Sache zukommende, in Ansehung welcher nur die Gradunterschiede leichterer oder schwererer Zerlegbarkeit bestehen, noch keine Theilbarkeit im Sinne des Rechtes ist, so ist auch ohne rechtliche Bedeutung die Verbrauchbarkeit oder Abnützbarkeit der Sachen im weiteren Sinne als eine gleichfalls allen Sachen, wenngleich in sehr verschiedenem Grade, zukommende. Wenn daher der juristische Sprachgebrauch eine besondere Gattung der verbrauchbaren[1]) Sachen unterscheidet, so versteht er unter diesen nicht sowohl diejenigen, deren Gebrauch die Möglichkeit des Verbrauches begründet, als vielmehr diejenigen, deren Gebrauch die Notwendigkeit ihres Verbrauches in sich schließt, indem jeder Act ihres bestimmungsgemäßen Gebrauches zugleich ein Act ihres Verbrauches, ihrer Verzehrung oder Zerstörung ist. Ist so das charakteristische Kennzeichen der res quae usu consumuntur die Unmöglichkeit eines ihre wirtschaftliche Bestimmung realisirenden Gebrauches, welcher kein Verbrauch wäre, so ergibt sich daraus, daß sie nicht mögliche Objecte bloßer zur Verfügung über die Substanz der Sache nicht befugender Nutzungsrechte sind. Indem der bestimmungsgemäße Gebrauch des Geldes durch seine Veräußerung, also durch eine rechtliche Verfügung über seine Substanz sich vollzieht, so steht es den res, quae usu consumuntur rechtlich gleich, während Kleider zu denselben nicht gehören[2]). Keine Eigenschaft der ein-

---

[1]) D. de usufr. earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur 7, 5.

[2]) Sie rechnet zu den res quae usu consumuntur § 2 J. de usufr. 2, 4 im Widerspruche mit l. 15. § 4. D. de usufr. 7, 1 und L. 9. § 3. D. ususfr. quemadm 7, 9; an ihnen ist ein bloßes Nutzungsrecht möglich, aber

zelnen Sachen, sondern ein bestimmtes gegenseitiges Verhältniß gleichartiger Sachen bezeichnet der Begriff der Vertretbarkeit. Wenn die Römer die vertretbaren Sachen als solche bezeichnen, welche numero pondere mensurave constant[3]), so ist selbstverständlich Maß, Zahl und Gewicht nicht dasjenige, was ihr Wesen erschöpft, wohl aber dasjenige, was ihre einzige wesentliche Verschiedenheit von anderen Sachen der gleichen Art bezeichnet. Vertretbar oder einander gegenseitig zu vertreten geeignet sind also diejenigen Sachen, welche in den Augen des Verkehres sich nur quantitativ von einander unterscheiden, indem die zwischen ihnen etwa bestehenden qualitativen Unterschiede wirtschaftlich gleichgiltig oder solche sind, welche keine Verschiedenheit ihrer wirtschaftlichen Bedeutung begründen. Indem so ihre wirtschaftliche Bedeutung nicht auf ihrer individuellen Besonderheit, sondern ausschließlich auf bestimmten, bei anderen Sachen der gleichen Gattung in gleicher Weise wiederkehrenden Gattungsmerkmalen beruht, so sagt Paulus von ihnen, daß sie in genere suo functionem recipiunt[4]) und darauf beruht der von den Neueren unter Betonung der functio anstatt des genus gebildete Kunstausdruck der res fungibiles. Der Gegensatz dieser oder der Gattungssachen und derjenigen Sachen, deren verschiedene wirtschaftliche Bedeutung von individuellen Verschiedenheiten abhängt, darf nicht verwechselt werden mit dem Gegensatze der auf eine individuelle Sache und der auf Sachen bestimmter Art sich beziehenden Rechte; während Object eines unmittelbar an ihr bestehenden Rechtes nur die einzelne Sache als solche zu sein vermag, so können mittelbare Gegenstände von Obligationen sowohl individuell bestimmte, wenngleich vertretbare, als auch der Art nach bestimmte, wenngleich unvertretbare Sachen sein[5]).

Unter den vertretbaren Sachen ist von besonderer Bedeutung das Geld; verschiedene Geldstücke sind nicht nur einander gegenseitig zu vertreten geeignet als Sachen, deren wirtschaftliche Bedeutung sich lediglich durch die Verschiedenheit des von ihnen

---

wegen ihrer im Verhältnisse zu anderen Sachen rascheren Abnützung im Zweifel nicht als bestellt anzunehmen.

[3]) L. 1. § 2. D. de obl. et act. 44, 7.

[4]) L. 2. § 1. D. de reb. cred. 12, 1.

[5]) L. 37. D. de V. O. 45, 1.

repräsentirten Wertquantums unterscheidet, sondern indem für jede Sache neben ihrer specifischen wirtschaftlichen Bedeutung die allgemeine ihres Wertes in Betracht kommt, so vermag nach dieser Seite ihres Wertes das Geld als allgemeiner Wertrepräsentant jede andere Sache zu vertreten.

Im Begriffe der Vertretbarkeit ist das Merkmal der Verbrauchbarkeit nicht enthalten, und es gehören auch thatsächlich keineswegs alle vertretbaren zugleich zu den verbrauchbaren Sachen; dagegen liegt es im Begriffe einer Sache, welche verbraucht zu werden bestimmt ist, daß ihre Individualität, welche ja durch ihren Verbrauch zerstört wird, für den Verkehr gleichgiltig ist, daß sie also durch eine andere Sache von gleicher Beschaffenheit vertreten oder ersetzt zu werden vermag.

### 3. Die Frucht.

### § 34.

D. de usuris et fructibus 22, 1.

Dem Begriffe der res, quae usu consumuntur, oder derjenigen Sachen, deren Gebrauch in ihrer Consumtion besteht, ist entgegengesetzt der Begriff der fruchttragenden Sachen. Demjenigen Nutzen oder Genusse, welchen eine Sache durch ihr Dasein als solches gewährt, ist entgegengesetzt einerseits derjenige, welchen sie durch ihre Consumtibilität oder durch ihre Substanz, andererseits derjenige, welchen sie durch ihre Productivität oder ihren fructus gewährt.

Fructus heißt zunächst der Genuß, welchen die Sache durch ihre Productivität gewährt und welcher von dem durch ihre Verzehrung oder Benützung gewährten sich dadurch unterscheidet, daß er ein zu demjenigen Nutzen oder Genuß, welchen die Sache unmittelbar durch ihr Dasein gewährt, hinzutretender Gewinn ist, während der Vortheil, den ihre Benützung gewährt, unmittelbar durch ihr Dasein gegeben ist und der durch ihre Verzehrung erzielte Gewinn aufgewogen wird durch die Zerstörung ihres Daseins [1]).

---

[1]) Daher wird der fructus dem usus entgegengesetzt. S. z. B. L 64. D. de R. V. 6, 1. Subjectiv ist der Sinn des Wortes fructus in der Bedeu-

Indem nun die Productivität einer Sache in der Entstehung anderer als Producte derselben erscheinender Sachen sich äußert, so gesellt sich zum Begriffe des fructus im subjectiven Sinne als des durch die Productivität der Sache gewährten Genusses der Begriff des fructus im objectiven Sinne als des durch ihre Productivität entstandenen körperlichen Productes oder der Frucht. Fragen wir aber, wann eine Sache im Sinne des Rechtes die Frucht einer anderen ist, so ergibt sich, daß die Frucht zwar stets eine aus der fruchttragenden Sache hervorgegangene, durch Ablösung von dieser zur eigenen Sache gewordene ist, daß es dagegen nicht die besondere Art ihres Hervorgehens aus jener oder ein besonderes physisches Verhältniß zu ihr ist, was die Frucht von anderen Sachen unterscheidet, welche durch Ablösung von einer bestehenden, sie bisher als Bestandtheil in sich enthaltenden Sache entstanden sind. Zwar unterscheidet sich die Frucht von anderen aus einer fremden hervorgegangenen Sachen dadurch, daß ihre Ablösung von jener keine Minderung ihrer Substanz bewirkte, daß also die Entstehung der neuen Sache nicht eine Verminderung oder partielle Zerstörung derjenigen ist, aus welcher sie hervorging. Für die Frage aber, wann eine solche Minderung der Substanz vorliege, sind nicht sowohl physikalische als wirtschaftliche Gesichtspunkte entscheidend. Als Früchte einer Sache erscheinen daher alle diejenigen und nur diejenigen Stücke derselben, deren Ablösung von der Sache der wirtschaftlichen Bestimmung dieser gemäß ist. Indem bis zu ihrer Ablösung die Frucht ein Stück der fruchttragenden Sache ist, so ist in Wirklichkeit ihre Ablösung stets eine Verminderung dieser; wie aber die Consumtion eines Verzehrungsgegenstandes als diejenige Zerstörung desselben, durch deren Vollziehung er seine wirtschaftliche Bestimmung erfüllt, keine Beschädigung ist [2]), so ist auch diejenige Verminderung einer Sache, welche durch Ablösung einer Frucht von derselben erfolgt, deßhalb keine Beschädigung derselben, weil sie im Gegensatze zu anderen bestimmungswidrigen Ver-

tung des Gewinnes ebenso gut als in derjenigen des Genusses; auch da, wo jener sich durch die Gewinnung bestimmter Objecte vollzieht, bedeutet das Wort Gewinn nicht sowohl diese Objecte als solche, als die durch ihre Gewinnung erfolgte Bereicherung des Subjectes.

[2]) Daß die Verzehrung von Consumtibilien kein dammum begründet, betont L. 30. § 2. D. ad leg. Aq. 9, 2.

minderungen ihres Bestandes ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entspricht und diese realisirt. Im Gegensatze zu der in ihrer Consumtion sich erschöpfenden wirtschaftlichen Bestimmung der Consumtibilien besteht diejenige fruchttragender Sachen in der wo möglich beständig sich erneuernden Gewinnung von Producten derselben; die Ablösung von Stücken derselben bleibt daher nur insoweit innerhalb der Grenzen des Fruchtgenusses, als sie nicht anstatt einer bestimmungsmäßigen Ausnützung ihrer Productivität eine bestimmungswidrige Zerstörung derselben ist. Diese Grenze ist aber eine solche, welche nicht nach physikalischen, sondern lediglich nach wirtschaftlichen Grundsätzen sich ziehen läßt. Wie in Wirklichkeit jede Ablösung einer Frucht den bis dahin diese mit umfassenden Bestand der Sache mindert, so ist auch die Productivität der Sache eine solche, deren Bethätigung vielfach verbunden ist mit einer Schwächung derselben. Davon nun, daß jede für die Zukunft die Productivität der Sache irgendwie schmälernde Ausnützung ihrer gegenwärtigen Productivität über den Begriff der Fruchtgewinnung hinausginge, ist keine Rede; vielmehr ist es eine wirtschaftliche Frage, von welcher Grenze an die Ausnützung ihrer Productivität wegen jener Wirkung eine mißbräuchliche, und nicht umgekehrt jene Wirkung eine unvermeidliche Folge ordnungsmäßiger Ausnützung ihrer Productivität ist. Insbesondere kann auch die Sitte des Lebens solche Sachen als fructus behandeln, deren Erneuerung überhaupt ausgeschlossen ist, so daß in gleichem Maße, in welchem ihre Gewinnung fortschreitet, die Möglichkeit ihrer ferneren Gewinnung eingeschränkt wird, wie dies z. B. bei den aus Steinbrüchen und Bergwerken gewonnenen Steinen und Metallen der Fall ist.

Von der Frage nach der Grenze, jenseits welcher die Ablösung solcher Stücke über den Begriff des frui hinausgeht und daher im Falle ihrer Vollziehung durch einen nur zum frui Befugten eine unbefugte ist, ist aber zu unterscheiden die Eigenschaft des abgelösten Stückes als einer Frucht. Die Holznutzung, welche gewonnen wird durch das Niederschlagen eines Hochwaldes, ist im Gegensatze zu der nach den Regeln einer rationellen Forstwirtschaft unter Erhaltung seines Bestandes gewonnenen nicht mehr ein bloßer fructus im subjectiven Sinne, und dasselbe gilt von dem im Wege des Raubbaues aus einem Bergwerke gewonnenen Metalle. Das auf diesem

Wege gewonnene Holz oder Erz unterscheidet sich aber objectiv weder in seiner Beschaffenheit noch in seinem Verhältnisse zum Grundstücke, aus dem es gewonnen wurde, von ordnungsmäßig gewonnenem Holz oder Erz und ist gleich diesem fructus im objectiven Sinn[3]). Es sind daher fructus einer anderen Sache nur solche durch Ablösung von dieser entstandene Sachen nicht, deren Trennung von ihr von vornherein und unbedingt als Verschlechterung oder Beschädigung erscheint; diejenigen Sachen dagegen, deren Gewinnung aus einer anderen nur unter Umständen als eine ordnungswidrig oder im Uebermaße erfolgte eine Verschlechterung oder Beschädigung dieser begründet, sind fructus derselben ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Falle ihre Gewinnung die Grenze eines bestimmungsgemäßen frui eingehalten oder überschritten hat.

Von rechtlicher Bedeutung ist die Eigenschaft einer Sache als einer Frucht einer anderen dadurch, daß sie gewisse Abweichungen von der rechtlichen Behandlung begründet, welche sonst die durch Ablösung von einer anderen entstandenen Sachen erfahren. Während an diesen als den ehemaligen Stücken einer anderen Sache durchweg diejenigen Rechtsverhältnisse sich fortsetzen, welche zur Zeit der Trennung an jener Sache und damit auch an ihnen als Stücken derselben bestanden, so bestimmen sich die Rechtsverhältnisse an der Frucht zwar gleichfalls durch diejenigen an der fruchttragenden Sache, jedoch so, daß sie nicht die bloße Fortsetzung dieser sind. Ist die Frucht bis zur Ablösung nichts anderes als ein Stück der fruchttragenden Sache[4]), so ist sie doch ein zur Ablösung von ihr bestimmtes Stück derselben, dessen Ablösung nicht als eine partielle Zerstörung derselben, sondern als Entstehung einer neuen zwar von jener abstammenden, aber von vornherein zu einem eigenen vom Dasein jener getrennten Dasein bestimmten Sache erscheint. Diesem Verhältnisse der Abstammung der Frucht von der Muttersache entsprechen die an ihr entstehenden Rechtsverhältnisse, indem sie zwar stets durch die

[3]) Dies betont mit Recht Göppert (Ueber Org. Erzeugnisse S. 35 oben). Die von Windscheid § 144 Anm. 6 für das Gegentheil citirten Stellen verneinen nur die Natur des betr. Gewinnes als eines fructus im subjectiven Sinne.

[4]) L. 44. D. de R. V. 6, 1. L. 25. § 6. D. quae in fr. cr. 42, 8.

Rechtsverhältnisse an der Muttersache sich bestimmen, von ihnen aber nicht etwa nur formell als neu entstandene, sondern auch materiell als solche Rechtsverhältnisse sich unterscheiden, deren Inhalt demjenigen der für ihre Entstehung maßgebend gewesenen Rechtsverhältnisse an der Muttersache nicht schlechthin gleich ist[5]).

Mit dem Begriffe der Frucht als einer solchen Sache, welche zu einer anderen im Verhältnisse ihres fructus im objectiven Sinne steht, hat nichts zu schaffen der Begriff der sogen. fructus civiles[6]). Unter ihnen versteht man denjenigen Gewinn, welcher seinen Grund hat in der entgeltlichen Ueberlassung der Benützung oder Ausnützung einer Sache an andere. Als Ersatz der durch die Benützung der Sache oder den Bezug ihrer Früchte gewonnenen Vortheile ist jener Gewinn ein fructus im subjectiven Sinne; die dadurch gewonnenen Geldstücke oder anderen Sachen sind dagegen in keiner Weise Früchte derjenigen Sachen, vermittelst deren sie gewonnen sind. Ist die Eigenschaft einer Sache als Frucht einer anderen von Bedeutung nach der doppelten Richtung der an ihr als einer Frucht der anderen entstehenden dinglichen Rechte und der bezüglich derselben als einer Frucht der anderen bestehenden Restitutionsverbindlichkeiten, so fällt jene erste Bedeutung der Eigenschaft eines fructus bei den sogen. fructus civiles ganz weg, und die zweite begegnet zwar auch bei ihnen, aber nicht als Verpflichtung zur Restitution der bestimmten durch Ueberlassung der naturalen Nutzung an andere erlangten Sachen, sondern nur als Verpflichtung zur Restitution des dadurch gemachten Gewinnes, also des fructus im subjectiven Sinne. Wenn man daher Zinsen,

---

[5]) L. 25. § 1. D. h. t.

[6]) Ebenso wenig sind Früchte einer Sache irgendwelche nicht durch Ablösung von ihr entstandene Sachen, zu deren Erwerb der Besitz jener Sache die Gelegenheit gegeben hat; insbesondere ist die Jagdbeute nie eine Frucht des Jagdgrundstückes. Wenn L. 9. § 5 D. de usufr. 7, 1 den Jagdertrag dem fructuarius zuerkennt oder die Verpflichtung seiner Restitution an den Eigenthümer verneint, so beruht dieser Satz nicht darauf, daß die Beute eine Frucht des Grundstückes, sondern darauf, daß sie eine überhaupt nicht aus dem Grundstücke gewonnene und deshalb nicht dem Grundeigenthümer zustehende ist. Wenn sodann nach L. 26. h. t. die venatio unter Umständen fructus fundi ist, so ist auch damit nicht die Fruchteigenschaft des Wildes, sondern nur die Eigenschaft des Jagdgewinnes als eines bestimmungsgemäßen Ertrages der Sache behauptet, dessen Gewinnung dem Fructuar zu überlassen der Eigenthümer verpflichtet ist.

Pacht- und Mietgelder als Früchte im uneigentlichen Sinne zu bezeichnen pflegt, wobei dann das Maß ihrer Verwandtschaft mit eigentlichen Früchten und ihrer Verschiedenheit von diesen leicht im Dunkeln bleibt, so stehen in Wirklichkeit jene Gelder zu den dargeliehenen Geldern und zum Pacht- oder Mietobjecte im Sinne des Rechtes ebenso wenig als im Sinne der Natur im Verhältnisse der Frucht zur fruchttragenden Sache; dagegen ist der Gewinn jener Gelder ebenso gut als der natürliche Fruchtgewinn ein wirklicher und eigentlicher fructus im subjectiven Sinne, auf welchen alle Rechtsnormen Anwendung finden, welche den zum fructus gehörenden Gewinn zum Gegenstande haben [7]). Vom natürlichen Fruchtgewinne unterscheidet sich der durch Rechtsgeschäft vermittelte Gewinn durch die Art seiner Erzielung; dieser Unterschied ist aber keineswegs ein principieller Gegensatz; wird der durch Rechtsgeschäft vermittelte Gewinn nie ohne menschliches Zuthun erzielt, so gilt nicht nur dasselbe von der Entstehung natürlicher Früchte in den meisten und wichtigsten Fällen, sondern es fällt auch die ohne menschliches Zuthun gewachsene und ohne dieses vom Baume gefallene Frucht doch nicht von selbst dem Menschen in den Schoß, bedarf vielmehr, um thatsächlich von diesem gewonnen zu sein, der Perception [8]) oder Besitzergreifung. Neben der Separation der Frucht oder ihrer Entstehung als einer eigenen von der

---

[7]) Von den sog. fructus civiles sagen die Quellen:

a) usurae vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari. L. 34. D. h. t. Hier wird mit specieller Rücksicht auf die Verbindlichkeit mit dem Hauptgegenstande einer Klage seinen fructus zu restituiren gesagt, daß zwischen Zinsen und Früchten kein Unterschied besteht.

b) In L. 36 eod. heißt es: praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur; hier ist der Bezug von Mietzinsen als ein Analogon des bei Sachen der betreffenden Art nicht vorkommenden Bezuges von Früchten bezeichnet; die Analogie ist aber keineswegs eine durchgreifende, da der hier vorliegende Gewinn nicht gleich dem Gewinne von Früchten erst durch die Einnahme sich vollzieht.

c) In L. 121 D. de V. S. 50, 16 wird erklärt: Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est id est nova obligatione; hier ist nicht verneint, daß der Zinsgewinn, wohl aber, daß das concrete als Zins bezogene Geld fructus sei, weil es von dem als Darlehen gegebenen Gelde nicht abstamme.

[8]) L. 78 D. de R. V. 6, 1. L. 12. § 5. D. de usufr. 7, 1. L. 13. D. quib. mod. ususfr. 7, 4. Percipere ist, wie die zwei ersten Stellen hervorheben, identisch mit accipere oder apprehendere.

Muttersache getrennten Sache ist daher von wesentlicher Bedeutung ihre Perception, durch welche derjenige, dessen Recht an der Muttersache über das jus fruendi nicht hinausgeht, erst das Eigenthum der Frucht erwirbt. Bis zur Perception ist die Frucht in niemandes Besitz; ihre Verschiedenheit von einem sonstigen ehemaligen Stücke einer anderen Sache zeigt sich also auch darin, daß derjenige Besitz, dessen Gegenstand sie als Stück der fruchttragenden Sache war, sich an der zur eigenen Sache gewordenen Frucht nicht fortsetzt. Nur bei Thierjungen bedarf es keiner eigenen Perception, weil vermöge des zwischen ihnen und dem Mutterthiere auch noch nach ihrer Geburt bestehenden Naturzusammenhangs der Besitzer des Mutterthieres zugleich als Besitzer des Jungen gilt [9]). Die Bedeutung, welche beim naturalen Fruchtgewinn der Perception zukommt, kommt nicht etwa bei dem durch Rechtsgeschäft vermittelten dem thatsächlichen Bezuge der betreffenden Gelder oder sonstigen Sachen zu, wie es der Fall sein müßte, wenn der Begriff der Frucht auf diese Sachen Anwendung fände. Indem vielmehr den hier vorliegenden fructus der durch rechtsgeschäftliche Ueberlassung der naturalen Nutzung vermittelte rechtliche Gewinn bildet, so steht er einer percipirten Frucht insoweit gleich, als die Nutzung, deren Aequivalent er bildet, dem anderen Theile zu gut gekommen ist.

**Anmerkung.** Die neueste Behandlung des Fruchtbegriffes von Göppert (Ueber die organischen Erzeugnisse 1869) stellt die zwei Sätze auf:

1) daß der Begriff der Frucht ausgeht vom Begriffe des organischen Erzeugnisses und

2) daß die rechtliche Stellung der Frucht auf ihrer Eigenschaft als ehemaliger Theil der fruchttragenden Sache beruht.

Diese zwei Sätze stimmen schlecht zusammen; hätte doch ein die „organischen Erzeugnisse" einer Sache wesentlich als ehemalige Theile derselben behandelndes Recht kaum Anlaß, sie von anderen zu eigenen Sachen gewordenen ehemaligen Sachtheilen zu unterscheiden. Was nun zunächst die erste Frage angeht, so ist unbestreitbar, daß für den Begriff der Frucht dem Begriffe des „organischen Erzeugnisses" eine gewisse Bedeutung zukommt, indem die Verschiedenheit der Frucht von einem zur Substanz der Sache gehörigen Stücke

---

[9]) In L. 28 pr. D. ht. ist hervorgehoben, daß agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii, während sonst dieser von jenem sich gerade dadurch unterscheidet, daß sein Fruchterwerb nicht schon durch die Separation, sondern erst durch die Perception eintritt.

derselben eine handgreifliche da ist, wo die fruchttragende Sache ein durch die Ablösung der Frucht in seiner Existenz oder Integrität überhaupt nicht sichtbar berührter Organismus ist, wie das Thier, welches ein Junges geworfen, ein Ei gelegt oder Milch abgegeben hat. Ebenso ist die Verschiedenheit der Frucht von einem Substanztheile eine handgreifliche da, wo durch ihre Ablösung zwar die fruchttragende Sache eine sichtbare Verminderung ihres gegenwärtigen Bestandes erleidet, diese aber wegen der periodischen Erneuerung des abgetrennten Stückes nur als eine vorübergehende erscheint, wie im Falle des geschorenen Schafes, der gemähten Wiese, des abgeernteten Feldes. Auf das hier platzgreifende Moment des renasci scheint nun entscheidendes Gewicht zu legen Ulpian in L. 7. § 13. D. sol. matr. 24, 3 mit den Worten:

> nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur,

wozu auch zu vergleichen L. 18. pr. D. de fundo dot. 23, 5. Ulpian erklärt aber unmittelbar darauf in § 14:

> Sed si cretifodinae, argentifodinae vel auri vel cuius alterius materiae sint vel arenae, utique in fructu habebuntur,

wie auch Paulus in L. 8. pr. eod. die Ausbeute eines Steinbruches ohne weiteres fructus nennt und ebenso Ulpian in L. 13. § 5. eod. dem Usufructuar die Ausbeute von Metallbergwerken zuerkennt. Es kann daher kein Zweifel daran sein, daß schon die römischen Juristen gleich der unbestreitbaren Sitte des Lebens die Mineralnutzung als fructus anerkennen. Hat Ulpian, wie es scheint, für Marmorbrüche eine Ausnahme gemacht, so hat er in diesem vereinzelten Falle einem theoretischen Bedenken Einfluß verstattet, welches in Wirklichkeit nicht begründet ist. Eine scharfe physikalische Abgrenzung der „Erzeugnisse" einer Sache von „Stücken" derselben ist überhaupt nicht möglich, indem jene bis zur Ablösung gar nichts anderes als Stücke der Muttersache sind, die aber von anderen Stücken derselben sich dadurch unterscheiden, daß sie zur Ablösung von ihr bestimmt sind, weßhalb ihre Ablösung nicht als Ablösung eines integrirenden Theiles der Sache oder Aufhebung ihrer Integrität erscheint. Wie aber die Frucht keineswegs notwendig ein „organisches Erzeugniß" der fruchttragenden Sache ist, so ist auch nicht das organische Erzeugniß schon als solches Frucht. Dies zeigt hinreichend der Fall des nicht als Frucht der Mutter geltenden Sklavenkindes ganz unabhängig davon, aus welchem Grunde der Begriff der Frucht auf dasselbe keine Anwendung findet. L. 27. pr. D. de her. pet. 5, 3. L. 28. § 1. D. ht.

Was sodann das Verhältniß der durch ihre Ablösung zu eigenen Sachen gewordenen Früchte zur Muttersache betrifft, so berichtet uns Ulpian als die von ihm getheilte Auffassung Scävolas:

> partum non esse partem rei furtivae. (L. 10. § 1. D. de usuc. 41, 3. L. 26 de V. S.)

Kein Zweifel kann darüber bestehen, daß dieser Ausspruch auf den durch Ablösung von der Muttersache zur eigenen Sache gewordenen partus sich bezieht, eben so wenig aber daran, daß er nicht sowohl die selbstverständliche Eigenschaft dieses partus als einer eigenen Sache als vielmehr den Umstand betonen will, daß die rechtliche Stellung dieser Sache nicht schlechthin durch diejenige der Muttersache sich bestimmt, daß sie also nicht die Stelle eines durch Zerlegung einer anderen Sache zur eigenen Sache gewordenen Stückes jener einnimmt; ist doch, was jener Ausspruch begründen soll, der Satz, daß die Furtivität der Mutter eine solche des partus nicht begründet. Die Richtigkeit dieser Auffassung bezeugt vor allem das in der Lehre vom Eigenthume zu erörternde Eigenthum des bonae fidei possessor an den Früchten der Sache.

## 4. Die Accessionen.

### § 35.

Wie der Begriff des fructus die doppelte Bedeutung des Gewinnes und des Gewonnenen hat, so bedeutet accessio nicht nur das Hinzutreten eines Dinges zu einem anderen, sondern auch jenes Ding selbst als ein zu diesem hinzutretendes. Bezeichnet so der Begriff des accessio ein gewisses Verhältniß zweier Dinge, so bezeichnet er als Rechtsbegriff ein zwischen Dingen von rechtlicher Bedeutung bestehendes Verhältniß von rechtlicher Bedeutung. Im Einzelnen kann aber sowohl die Beschaffenheit und rechtliche Bedeutung der Dinge, zwischen welchen jenes Verhältniß besteht, als auch diejenige jenes Verhältnisses selbst eine verschiedenartige sein. Insbesondere wird der Begriff der accessio angewendet sowohl auf gewisse zwischen verschiedenen Rechten als auf gewisse zwischen verschiedenen Sachen bestehende Verhältnisse. So nennt man die Prädialservitut eine Accession des Grundeigenthums, das Pfandrecht eine Accession der Pfandforderung, die Zinsschuld und die Bürgschaftsschuld eine Accession der Hauptschuld, und in allen diesen Fällen bedeutet zwar das Accessionsverhältniß eine gewisse Abhängigkeit des accedirenden Rechtes vom Hauptrechte; die Art und der Grad dieser Abhängigkeit ergibt sich aber in keiner Weise aus dem Begriffe der Accession, sondern lediglich aus der besonderen Beschaffenheit der betreffenden Rechte. Ebenso bezeichnet in Anwendung auf Sachen der Begriff der Accession eine gewisse rechtliche Abhängigkeit einer Sache von einer anderen, jedoch so, daß sowohl bezüglich des Grundes, aus welchem, als bezüglich der Art, in

welcher die eine Sache von der anderen abhängt oder ihr rechtliches Schicksal durch dasjenige der anderen sich bestimmt, zwischen verschiedenen Gattungen von Fällen wesentliche Verschiedenheiten bestehen. Davon, daß eine Sache zu einer anderen hinzutrete oder eine Accession derselben sei, spricht man in den zwei einander direct entgegengesetzten Fällen der Einverleibung einer Sache in eine andere und des Hervorgehens einer Sache aus einer anderen; außerdem aber in Fällen, in welchen ein körperlicher Zusammenhang zwischen beiden Sachen überhaupt nicht besteht, indem es theils der Wille des Rechtes, theils die Privatwillkür ist, kraft welcher die rechtliche Lage der einen Sache von Bedeutung ist für diejenige der anderen. Jenes ist da der Fall, wo das Recht wie bei dem in einem Grundstücke entdeckten Schatze oder der in einem Flusse entstandenen Insel das Eigenthum einer bestimmten Sache dem Eigenthümer einer anderen als solchem zuerkennt. Auf Privatwillkür beruht es, wenn eine Sache das rechtliche Schicksal einer anderen theilt, weil die Verfügung über diese die Absicht der Verfügung über jene als eine in Ermangelung gegentheiliger Erklärung sich von selbst verstehende in sich schließt. Wenn dem Grundeigenthümer die Hälfte des in seinem Grundstücke entdeckten Schatzes iure accessionis zufällt, so ist nicht etwa der Grund dieses Rechtssatzes ein unabhängig von demselben zwischen dem Grundstücke und dem Schatze bestehendes Accessionsverhältniß; vielmehr ist es jener Rechtssatz, durch welchen in Ansehung des von ihm normirten Punktes der Schatz, welcher sonst schlechthin eine selbständige Sache ist, als Accession des Grundstückes behandelt wird. Und wie es hier die Willkür des Rechtes ist, welche in einem bestimmten Punkte eine sonst selbständige Sache als eine solche behandelt, deren rechtliche Stellung durch diejenige einer anderen sich bestimmt, so beruht auf der rechtlichen Vermutung einer dahin gehenden Privatwillkür die Behandlung gewisser im übrigen selbständiger Sachen als solcher, über welche durch private Verfügung über gewisse andere Sachen mit verfügt ist. Wie daher die Behandlung des Schatzes als einer Accession des Grundstückes als eine auf die Normirung des Eigenthums an jenem sich beschränkende der Eigenthumslehre angehört, so gehört die Accessionsqualität der sogen. Pertinenzen der Lehre vom Rechtsgeschäfte an, indem sie ein Verhältniß derselben zu einer anderen

Sache bezeichnet, welches lediglich von Bedeutung ist in Ansehung des naturalen oder im Zweifel anzunehmenden Umfanges der über diese verfügenden Rechtsgeschäfte. Es würde sich anders verhalten, wenn die Pertinenzqualität als eine für sich bedeutsame den Grund des Rechtssatzes bilden würde, daß die Verfügung über die Hauptsache auch die Pertinenz ergreift, wenn also dieser Rechtssatz um der objectiven Zusammengehörigkeit der Hauptsache und der Pertinenz willen bestünde, was nicht schon durch seine subsidiäre Geltung ausgeschlossen wäre. In Wirklichkeit ist aber dieser Rechtssatz nicht nur ein einem abweichenden privaten Willen nachgebender, sondern ein lediglich im Interesse des Privatwillens aufgestellter und diesen ergänzender [1]). Die Verfügung über die eine Sache ergreift die andere nicht deßhalb, weil diese unabhängig vom Willen des Verfügenden zu jener gehören würde, sondern diese wird in Ansehung der betreffenden Verfügung deßhalb als eine zu jener gehörende behandelt, weil nach der Vermutung des Rechtes der Absicht des Verfügenden diese Behandlung entspricht.

Bestätigt wird diese Bedeutung der Pertinenzfrage als einer bloßen Frage der Auslegung der Rechtsgeschäfte dadurch, daß dieselbe einer für alle Rechtsgeschäfte gleichmäßig giltigen Beantwortung überhaupt nicht fähig ist; fragt es sich, was bei dem Verkaufe oder der Verpfändung, der Schenkung oder dem Vermächtniß einer Sache als Zubehör derselben mitverkauft, mitverpfändet, mitverschenkt oder mitvermacht sei, so kann die Antwort nur gegeben werden mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit dieser verschiedenen Rechtsgeschäfte [2]).

Während die Bezeichnung der Pertinenz neueren Ursprungs ist, so hat man den Begriff derselben als einer solchen, welche zwar kein bloßes Stück einer anderen sei, aber doch rechtlich bis zu einem gewissen Grade als ein bloßes Stück einer anderen gelte, anerkannt gefunden durch die Anerkennung z. B. der Pertinenzen eines Gebäudes als solcher Sachen, welche quasi pars

---

[1]) Siehe über diesen Gegensatz § 12, S. 66 f.

[2]) Insbesondere enthalten in dieser Hinsicht die Quellen für den Fall des Legates Entscheidungen, welche z. B. auf den Fall des Verkaufes anzuwenden sicher unrichtig wäre. So z. B. L. 3. § 1. D. de trit. leg. 33, 6.

aedium vel propter aedes habentur[3]). Es läßt sich aber aus dieser Bezeichnung ebenso wenig ein dem Begriffe der pars analoger Begriff der quasi-pars ableiten als aus der Entgegensetzung der ex contractu und der quasi ex contractu entstehenden Obligationen der Begriff des Quasicontractes als eines einem Contracte verwandten Verhältnisses sich ergibt. Heißt es, beim Verkaufe oder Vermächtnisse eines Hauses gelte als zu diesem gehörig was gleich einem Theile des Hauses oder um des Hauses willen gehalten werde, so ist hier die thatsächliche Behandlung gewisser eigener Sachen als Theile einer anderen nicht als etwas für sich bedeutungsvolles, sondern lediglich als ein Moment für die Auslegung der ausdrücklich nur über jene andere Sache getroffenen Verfügung bezeichnet; heißt es doch nicht etwa, daß jene Sachen allgemein, sondern nur, daß sie in Ansehung der über diese andere getroffenen Verfügung als zu ihr gehörig bezeichnet zu werden pflegen; daß in Ansehung dieser die Pertinenz zum Hause gehöre oder in ihm enthalten sei (aedium esse), bedeutet nichts anderes, als daß in der in ihrem Wortlaute nur auf das Haus sich erstreckenden Verfügung zugleich eine Verfügung über jene anderen Sachen enthalten sei, und dieses Verhältniß der Erstreckung der Verfügung auf weitere Sachen findet in der Bezeichnung derselben als der Pertinenzen jener anderen Sache seinen Ausdruck, hat aber ebenso wenig in einer Pertinenzqualität derselben ihren Grund, als das Eigenthum des Grundeigenthümers am Schatze in dessen Accessionsqualität seinen Grund hat[4]).

Vom Begriffe der accessio in jenem weiteren und unbestimmten Sinne nun, in welchem er die rechtliche Stellung einer Sache als eine irgendwie durch diejenige einer anderen bestimmte bezeichnet, ohne eine Hinweisung auf einen bestimmten Grund dieses Verhältnisses zu enthalten, ist zu unterscheiden der Begriff der accessio im engeren und eigentlichen Sinne. In diesem Sinne ist zur accessio einer anderen die dieser einverleibte Sache geworden, diejenige also, welche aus einer eigenen Sache zum bloßen

---

3) L. 13. § 31. D. de act. emt. 19, 1.

4) In L. 3. § 1 cit. ist dies ausdrücklich hervorgehoben in den Worten: vino legato, etiamsi non sit legatum cum vasis, vasa quoque legata videri, non quia pars sunt vini vasa . . . sed quia credibile est mentem testantis eam esse, ut voluerit accessioni esse vino amphoras.

Stücke einer anderen geworden ist. Wie die aus einer anderen hervorgegangene Sache ein ehemaliges Stück einer anderen Sache ist, so ist umgekehrt die accessio eine ehemalige Sache. Diese Eigenschaft der accessio als einer ehemaligen Sache ist von rechtlicher Bedeutung, weil dieselbe, wie sie durch Einverleibung in eine andere zum Stücke einer fremden Sache geworden ist, so durch Trennung von dieser wieder zur eigenen Sache zu werden vermag, welchenfalls sich fragt, ob die Entstehung einer neuen aus der anderen hervorgegangenen Sache oder eine Wiederherstellung der ehemaligen durch Einverleibung in die andere untergegangenen Sache vorliegt. Die Voraussetzung für die Erhebung dieser Frage ist natürlich, daß die einer anderen einverleibte Sache innerhalb jener als ein besonderes von ihren übrigen Stücken verschiedenes Stück derselben sich unterscheiden lasse und daß es dieses bestimmte Stück von dieser bestimmten Gestalt sei, welches durch seine Ablösung zur eigenen Sache zu werden vermöge. Als ein besonderes Stück der Sache, welcher sie einverleibt ist, kommt daher nicht nur die innerhalb dieser von ihren ursprünglichen Bestandtheilen überhaupt nicht mehr zu unterscheidende Sache nicht in Betracht, wie z. B. das verzehrte Nahrungsmittel, der in einer Flüssigkeit aufgelöste Körper oder umgekehrt die in einen Körper eingedrungene Flüssigkeit. Dasselbe gilt vielmehr auch von solchen einer anderen einverleibten Sachen, welche zwar innerhalb dieser von ihren ursprünglichen Bestandtheilen sich unterscheiden, aber nicht durch bloße Abtrennung, sondern nur durch Zerstörung ihrer Gestalt sich von denselben entfernen lassen. Dies ist z. B. der Fall bei der Schrift, Zeichnung und Malerei im Verhältnisse zur Unterlage, auf welcher sie aufgetragen ist [5]).

---

[5]) Die Erörterungen darüber, welcher Bestandtheil hier Accession des anderen sei, haben nur die Bedeutung einer Erörterung der Eigenthumsfrage, und wenn in dieser Beziehung z. B. Schrift und Pflanze im Verhältnisse zur Unterlage und Erde einander gleichgestellt werden, so schließt dies nicht aus, daß das Verhältniß der Pflanze, welche in andere Erde verpflanzt werden kann, ein anderes ist als dasjenige der Schrift, welche auf anderes Material nicht übertragen werden kann. Die Frage, welcher Bestandtheil hier dem anderen cedit, ist lediglich eine Frage nach dem für das Eigenthum ausschlaggebenden Bestandtheile der Sache, weßhalb sie trotz des schlechthin gleichen Verhältnisses der Unterlage zu dem auf ihr Aufgetragenen für Gemälde entgegengesetzt beantwortet werden konnte als für Schriftstücke; daß bei jenen so gut wie bei diesen die Unterlage der Grundbestandtheil des körperlichen Ganzen (huius

Die eigentliche accessio ist theils accessio eines Grundstückes theils accessio einer beweglichen Sache. Die accessio eines Grundstückes ist nie ein durch seinen Hinzutritt das Grundstück als solches vergrößerndes Stück desselben, indem die iure accessionis eintretende Vergrößerung eines bestehenden Grundeigenthums theils Entstehung des Eigenthums an einem weiteren Grundstücke, theils im Falle der alluvio eine solche Erweiterung des Grundstücks ist, welche die Unterscheidung des Zuwachses vom ursprünglichen Bestande ausschließt. Dagegen ist accessio eines Grundstückes die in ihm wurzelnde Pflanze sowie alles in dasselbe Verbaute. Ungenau ist es aber, wenn man deßhalb das Gebäude als Accession des Baugrundes bezeichnet. Das Gebäude ist ein Ganzes, welches durch die Vereinigung der verschiedenen zum Bau zusammengefügten Materialien sowohl mit einander als mit dem Grund und Boden gebildet wird; als Ganzes ist es also nicht eine accessio des Bodens, welcher vielmehr selbst ein Bestandtheil dieses Ganzen ist. Im Gegensatze zu diesem als dem Hauptbestandtheile des Gebäudes sind aber dessen übrige sowohl mit jenem als unter sich mechanisch verbundene Bestandtheile bloße Nebenbestandtheile. Daran ändert die allerdings nicht vom Boden, sondern vom Bau hergenommene Bezeichnung des Gebäudes ebensowenig als der Name der Zeichnung beweist, daß die mit ihm bezeichnete Sache etwas Anderes wäre als ein mit Zeichen bedecktes Stück Papier. Wie der Name der Zeichnung nicht die betreffende Sache als solche, sondern eine bestimmte Beschaffenheit derselben nennt, so bezeichnet der Name des Gebäudes gleich den von der bestimmten Bepflanzung des Bodens hergenommenen Namen des Ackers, der Wiese oder des Waldes eine bestimmte Beschaffenheit eines Grundstückes; diese kann wegfallen und die Sache dadurch aufhören diesen Namen zu verdienen, ohne daß sie dadurch aufhören würde dieselbe Sache zu sein.

Ist aber das in ein bestimmtes Grundstück verbaute Material demselben gleich der in dasselbe versetzten Pflanze einverleibt, so

---

corporis L. 9. § 1 D. de adq. dom. 41, 1) ist, soll natürlich dadurch nicht verneint werden. Nur von solchen Fällen gilt schlechthin, was Paulus in L. 21. § 3 D. de R. V. hervorhebt, daß sine illa esse non potest, d. h. daß die Zuthat ohne Zerstörung von der Grundlage sich nicht trennen, insbesondere auf eine andere Grundlage sich nicht übertragen läßt.

ist der Zusammenhang dieser mit dem Grund, in welchem sie Wurzel geschlagen hat, ein ihre fernere Entwickelung bestimmender; wenngleich daher dieser Zusammenhang kein unauflöslicher ist, so ist doch ihre Ablösung von jenem Grunde keine Wiederherstellung ihrer früheren Existenz, so daß die durch diese Ablösung entstandene Sache stets eine vom Grundstücke abstammende ist, deren rechtliche Stellung sich durch das Verhältniß bestimmt, in welchem sie zu diesem theils als ehemaliges Stück desselben theils speciell als Frucht desselben steht [6]). Indem dagegen diejenige Sache, welche einem Grundstücke mechanisch eingefügt war, dadurch zwar ihre äußere Selbständigkeit eingebüßt, ihre innere Beschaffenheit dagegen nicht geändert hatte, so wird sie durch die Wiederherstellung jener wieder zu derselben Sache, welche sie früher gewesen war; wenngleich also auch sie während der Dauer der Verbindung nichts Anderes war als ein Nebenbestandtheil des Grundstückes, so ist doch nach der Aufhebung derselben ihre rechtliche Stellung diejenige einer durch die Ablösung von demselben nicht neu entstandenen, sondern wiederhergestellten Sache [7]).

Von den Accessionen der Grundstücke unterscheiden sich diejenigen beweglicher Sachen dadurch, daß es hier an einem festen Maßstabe für die Beurtheilung der Accessionsqualität fehlt. Daß das mit einem Stücke des Erdbodens zu einer sachlichen Einheit Vereinigte innerhalb des Ganzen die Bedeutung der accessio oder eines für die Existenz und den Begriff der Sache nebensächlichen Bestandtheiles hat, folgt mit Notwendigkeit daraus, daß das Ganze eine unbewegliche Sache d. h. nichts Anderes als ein Grundstück ist, welches durch die Einverleibung jener anderen Sachen nicht in Ansehung seiner durch seine horizontale Grenze sich bestimmenden Größe oder Ausdehnung, sondern nur in Ansehung seiner Beschaffenheit einen Zuwachs erfährt. Werden dagegen verschiedene bewegliche Sachen zu einer Sache vereinigt, so ist jeder Bestandtheil dieses Ganzen von Bedeutung nicht nur für seine Beschaffenheit, sondern auch für seinen Bestand, seine Größe oder Ausdehnung. Die Bedeutung einer bloßen accessio oder einer für den Begriff und die Existenz der Sache unwesentlichen Zuthat

---

[6]) L. 26. § 1 D. de adq. dom. 41, 1.

[7]) L. 7. § 10—12 D. eod.

kann daher hier dem einzelnen Bestandtheile nur in dem relativen Sinne zukommen, daß er ein verhältnißmäßig nebensächlicher, weil den Begriff der Sache nicht bestimmender oder im Verhältnisse zu ihrem Gesammtbestande untergeordneter Bestandtheil derselben ist. Indem die Einheit einer beweglichen Sache sowohl auf dem körperlichen Zusammenhange als auf der praktischen Zusammengehörigkeit ihrer Bestandtheile beruht (S. 136), so kann ein bestimmter Bestandtheil der Sache als Hauptbestandtheil theils deßhalb erscheinen, weil er die Grundlage ihres körperlichen Bestandes bildet, von welcher ihre übrigen Bestandtheile getragen werden, theils deßhalb, weil überwiegend auf ihm die wirtschaftliche Bedeutung der Sache beruht. Bezüglich des Grades aber, in welchem das eine und das andere Verhältniß vorliegen muß, um einen bestimmten Bestandtheil als Hauptbestandtheil erscheinen zu lassen, sowie bezüglich der Frage nach der vorwiegenden Bedeutung des einen oder des anderen Gesichtspunktes im Falle ihrer Divergenz lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen; wie vielmehr das Recht weder den Grad der physischen Cohärenz noch den Grad der praktischen Zusammengehörigkeit fixirt hat, durch welchen die Vereinigung verschiedener Sachen zu einer Sache wird, so überläßt es auch der Auffassung des Lebens, für welche vielfach der Name einen Anhaltspunkt bietet, die Beantwortung der Frage, welche von mehreren zu einer Sache vereinigten Sachen als der dominirende den anderen übergeordnete Bestandtheil des Ganzen erscheine. Dasselbe gilt von der weiteren Frage, ob im einzelnen Falle die Vereinigung eine so innige ist, um die Erinnerung an die ehemalige Eigenschaft der Nebenbestandtheile als eigener Sachen auszutilgen, so daß diese im Falle ihrer Ablösung gleich der vom Erdboden abgelösten Pflanze als neue aus einer anderen hervorgegangene Sachen erscheinen, oder ob die einer anderen einverleibte Sache zwar ihre bisherige Existenz, aber nicht die Fähigkeit ihrer Wiederherstellung eingebüßt hat, so daß es nur ihrer Ablösung von der anderen Sache bedarf, um ihre zeitweilige Einverleibung in dieselbe jeder Bedeutung zu berauben und ihre ehemalige durch jene Einverleibung zeitweilig zerstörte Existenz wiederherzustellen [8]).

---

[8]) Die Quellen enthalten verschiedene der damaligen Lebensauffassung entnommene und daher für uns nicht unbedingt maßgebende Beispiele bezüglich der zwei auseinanderzuhaltenden Fragen, welche Bestandtheile innerhalb

**Anmerkung 1.** Bezüglich der Pertinenzen ist man neuerdings darin einig, daß sie eigene von bloßen Stücken einer Sache wesentlich zu unterscheidende Sachen sind, und zwar pflegt man unter ihnen diejenigen Sachen zu verstehen, welche um bestimmter anderer Sachen willen existiren. Unbestritten ist, daß Pertinenzen einer Sache diejenigen anderen Sachen sind, über welche im Zweifel durch Verfügung über jene mitverfügt ist; wenn man aber den Grund, aus welchem dies bezüglich gewisser Sachen gilt, in jenem Zweck- oder Dienstbarkeitsverhältnisse findet, so entzieht sich

1) die Frage, wann dasselbe vorliege, meistens deßhalb sicherer Beantwortung, weil dasselbe in höherem oder geringerem Grade vorliegen kann und fast nie in solchem Grade vorliegt, daß die wirtschaftliche Bedeutung der einen Sache in ihrem Dienstverhältnisse zu der bestimmten anderen schlechthin aufginge. Es ist sodann

2) der Grund, aus welchem die sog. Pertinenz als mitverkauft u. s. w. gilt, thatsächlich vielfach ein anderer. „Daß z. B. die auf einem Gute befindlichen Vorräte an Stroh und Dünger lediglich um dieses bestimmten Gutes willen existiren, läßt sich nicht behaupten; wohl aber ist für den Veräußerer, der vielleicht gar keine Verwendung für sie hat, ihr Wert so viel geringer als für den am Orte ihrer gegenwärtigen Lagerung sie verwendenden Erwerber, daß ohne besondere Anhaltspunkte die Absicht sie zurückzubehalten nicht anzunehmen ist" (Hölder in Holtzendorffs Rechtslexicon. 3. Aufl. III. S. 39).

In Wirklichkeit ist daher die Erstreckung einer Verfügung über das von ihr genannte Object hinaus eine solche, welche nicht im Begriffe der Pertinenz ihren Grund hat, sondern ihrerseits die Bezeichnung der Pertinenz begründet, und ihren Grund lediglich in der vom Rechte vermuteten Absicht des Verfügenden hat.

Die römischen Quellen behandeln demgemäß die Pertinenzen (namentlich in L. 13. § 31 — l. 18 D. de act. emti 19, 1) bei der Behandlung der Rechtsgeschäfte und zwar ohne sie scharf von bloßen Theilen des verkauften Objectes zu unterscheiden, da zwar die Pertinenz kein Stück der anderen Sache,

---

bestimmter Vereinigungen nebensächliche sind und welches die Bedeutung ihrer Trennung ist. Bezüglich der letzteren Frage ist dunkel die Beschaffenheit des nach L. 23. § 5 D. de R. V. eine Verbindung von einer die verbundene Sache für immer absorbirenden Innigkeit herstellenden ferruminare, dessen neueste Erklärung Dernburg, Pand. § 209 Anm. 6 gibt. Für die Eigenschaft der zur accessio einer anderen gewordenen Sache als eines bloßen Bestandtheiles dieser ist aber jene Innigkeit der Verbindung gleichgiltig, wie der Schluß des citirten § 5 ausdrücklich hervorhebt, indem er für jeden Fall das brachium adiectum, ob nun ferruminatio oder die losere Verbindung der plumbatura vorliegt, erklärt: non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur. Außer l. 23 cit. vgl. L. 61 D. de R. V. 6, 1, l. 9. § 13—16, l. 20, 29 D. de auro 34, 2, l. 26 pr. D. de adq. dom. 41, 1.

aber die stillschweigende Verfügung über dieselbe ein Stück der in ihrem Wortlaute auf die andere sich beschränkenden Verfügung ist. Göppert, Ueber organische Erzeugnisse. S. 51 ff.

Eine selbständige, auf objectiven Gründen beruhende Bedeutung hat der Pertinenzbegriff erst durch Particularrechte erlangt.

**Anmerkung 2.** Daß das Gebäude eine Sache ist und zwar nichts anderes als ein durch seine Bebauung nicht vergrößertes, aber in seiner Beschaffenheit und wirtschaftlichen Bedeutung verändertes Grundstück, woraus die Eigenschaft der einzelnen früher eigene Sachen gewesenen und durch ihre Ablösung wieder zu eigenen Sachen werdenden Gebäudebestandtheile als nebensächlicher Bestandtheile des Grundstückes folgt, das ist neuerdings bestritten von Bechmann (Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession 1867). Er verneint die Eigenschaft des Hauses als einer Sache, so geläufig diese Bezeichnung auch uns sowie den Römern sei. Er behauptet, daß die Römer „nur in Bezug auf einzelne Rechtsverhältnisse" das Haus mit dem Grundstücke identificiren, was z. B. nicht der Fall sei „beim Nießbrauche noch beim Vindicationslegate". Der Nießbrauch und das Vermächtniß eines Hauses erlischt aber durch seine Zerstörung deßhalb, weil hier die Zuwendung des Grundstückes als eines Hauses nach der vom Rechte vermuteten Absicht des Zuwendenden nicht zugleich eine Zuwendung des Grundstückes als eines dieser Eigenschaft entkleideten ist, wie denn die von Bechmann selbst citirte L. 5. § 2 D. quib. m. ususfr. 7, 4 ausdrücklich von rei mutatio spricht und L. 20. § 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2 ausdrücklich hervorhebt, daß sublato aedificio ususfructus interit, quamvis area pars est aedificii. Würde es sich um das Vermächtniß oder den Nießbrauch eines Waldes oder einer Wiese, eines Ackers oder Weinberges handeln, so würde beim Wegfalle der durch diese Namen bezeichneten Qualität des Grundstückes die Entscheidung die gleiche sein, obgleich auch Bechmann hier keinen Untergang des Objectes annehmen würde. Wenn Bechmann den Gegensatz zwischen dem Hause als Ganzem mit Einschluß des Bodens und zwischen dem Boden als Einzelobject für einen der Behandlung des ususfructus aedium zu Grunde liegenden und im Rechtsinstitute der superficies vollständig durchgeführten erklärt, so kann das letztere mit größerem Rechte gegen diese Unterscheidung angeführt werden; sagt Bechmann, dem Superficiar gehöre das Haus, also auch der Boden, aber nur als Bestandtheil des Hauses und daher „nur so weit und so lange, als diese Eigenschaft vorhanden ist," so ist dies nicht richtig, da das Recht der superficies durch ein bestehendes Gebäude nicht bedingt ist. Daß in Wirklichkeit das Gebäude nichts anderes ist als ein durch seine Ueberbauung erhöhtes Grundstück, constatiren die römischen Juristen wiederholt, indem sie erklären, daß ein fundus alles sei, was solo tenetur (L. 115 de V. S.), daß unter den Begriff der urbana praedia alle aedificia fallen (L. 198 eod.) und daß fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur (L. 211 eod.). Dem widerspricht nicht, daß

an Stücken der Meeresküste (S. 141 Abs. 2) Eigenthum erst durch ihre Ueberbauung und nur auf die Dauer des Baues entsteht, weil nur der überbaute Küstenboden als ein der Gewalt des Meeres entzogener und derjenigen des Menschen unterworfener gilt. Ganz richtig ist die von Bechmann „unglaublich schwach" gefundene Antithese Javolens (L. 23 D. de usuc. 41, 3), daß wir nur die Wahl haben, das Gebäude entweder als eine Sache oder als eine Summe verschiedener Sachen zu behandeln, und daß im ersten in Wirklichkeit zutreffenden Falle die von uns als Gebäude bezeichnete Sache nichts anderes als ein Grundstück ist. Spricht er dabei davon, daß aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, so will er damit nicht die superficies als eine eigene sachliche Einheit im Gegensatze zum solum bezeichnen, sondern nur hervorheben, daß die einzelnen Bestandtheile des Gebäudes, als eigene Sachen betrachtet, zweierlei Sachen wären, indem im Gegensatze zum solum diejenigen Sachen, deren Vereinigung die superficies bildet, als bewegliche gelten müßten.

---

# Dritter Abschnitt. Die Thatsachen.

## I. Im Allgemeinen.

### § 36.

Sowohl die Beschaffenheit der Thatsachen, welchen rechtliche Bedeutung zukommt, als ihre rechtliche Bedeutung selbst kann von sehr verschiedener Art sein. Jene Thatsachen sind theils Ereignisse, theils Zustände. Indem die letzteren durch bestimmte Ereignisse begründet und durch bestimmte andere Ereignisse aufgehoben werden, so ist die rechtliche Bedeutung der Zustände eine theils auf dem Eintreten, theils auf dem Ausbleiben bestimmter Ereignisse beruhende. Die rechtliche Bedeutung der Thatsachen ist diejenige von Bedingungen oder Gründen theils der Entstehung theils der Endigung von Rechtsverhältnissen. Indem es das Recht ist, welches den Thatsachen die Bedeutung von Entstehungs- und Aufhebungsgründen der Rechtsverhältnisse verleiht, so besteht die durch diese Bezeichnung angedeutete Causalverbindung als eine vom Rechte statuirte oder als eine solche, welche das Recht anzunehmen gebietet. Diejenige Beziehung aber, welche das Recht zwischen der Entstehung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses und den sie begründenden Thatsachen statuirt, ist nicht das reale Verhältniß

der Wirkung zur Ursache, sondern das logische Verhältniß der Folge zum Grunde. Indem es mit bestimmten Thatsachen die Entstehung oder Endigung eines bestimmten Rechtsverhältnisses verbindet, so statuirt es für den Fall ihres Zutreffens die Entstehung oder Endigung des betreffenden Rechtsverhältnisses als eine durch jenes gegebene, ohne darum die Entstehung oder Aufhebung des betreffenden Rechtsverhältnisses irgendwie als einen durch jene Thatsachen als seine Ursachen herbeigeführten realen Vorgang erscheinen zu lassen [1]). Ist doch die Entstehung und Aufhebung eines Rechtsverhältnisses überhaupt nicht ein dem ihn begründenden realen Vorgange nachfolgender, sondern ein durch diesen unmittelbar sich vollziehender Vorgang; derselbe Vorgang, welcher in seiner äußeren Erscheinung betrachtet Ergreifung oder Uebergabe einer Sache oder Vollziehung einer Unterschrift ist, hat die juristische Bedeutung der Entstehung oder Aufhebung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, welche mit jenem äußeren Vorgange sich verbindet und durch ihn bezeugt wird, aber nicht erst durch ihn als einen ihr selbst vorhergehenden bewirkt wird. Daran ändert nichts der Umstand, daß die Entstehung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses erst eintritt im Momente der Vollendung der sie begründenden Thatsachen. So lange das zur Entstehung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses erforderliche thatsächliche Verhältniß noch nicht vollständig vorliegt, so lange haben die etwa schon vorliegenden Stücke desselben noch in keiner Weise die Bedeutung eines Entstehungs- oder Aufhebungsgrundes des betreffenden Rechts-

[1]) Die Anschauung, als bestünde zwischen den ein Rechtsverhältniß begründenden Thatsachen und diesen selbst „ein Causalitätsverhältniß wie in den Erscheinungen der körperlichen Natur", bezeichnet Schloßmann (Der Vertrag S. 18) mit Recht als eine solche, welcher man sich nur bewußt zu werden brauche, um sie zu verwerfen. Die Entdeckung aber, daß diese Anschauung und überhaupt die Behandlung des subjectiven Rechtes als eines sinnlichen Objectes für das Begreifen des Rechtes unentbehrlich sei, hat Zitelmann (Irrthum und Rechtsgeschäft S. 200 ff.) gemacht. Als Beweis dafür figurirt neben der juristischen Verwendung anderer, theils wie die meisten Bezeichnungen für Unsinnliches dem Gebiete der Sinnenwelt entlehnter, theils für Sinnenfälliges und Unsinnliches gleichmäßig zutreffender Ausdrücke namentlich „die Gleichheit des auf beiden Gebieten gleichmäßig verwendeten Wortes Gesetz", dessen Anwendung auf das Gebiet der Natur doch wohl eine übertragene ist. Z. betont selbst (209), daß jener Anschauung „keine Wahrheit an sich" zukomme; sie sei eine subjective Zuthat — „aber eben die Zuthat, durch welche die Speise selbst erst genießbar wird!"

verhältnisses. Wie dies dem logischen Begriffe des Grundes, welcher überhaupt nur als zureichender ein wirklicher Grund ist, entspricht, so widerspricht es dem Verhältnisse der Ursache zur Wirkung; geht jede reale Veränderung nur allmälig vor sich, so müßte auch die Entstehung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses, falls sie als wirkliche Erzeugung oder Zerstörung desselben durch die betreffenden Thatsachen gelten würde, eine allmälige sein, welche durch das theilweise Zutreffen dieser Thatsachen bereits zum Theile vollzogen wäre. Ebenso würde jede Wiederherstellung eines einmal erloschenen Rechtsverhältnisses ausgeschlossen sein, während in Wirklichkeit das durch bestimmte Gründe zeitweilig ausgeschlossene Rechtsverhältniß durch deren Wegfall sehr wohl wieder zu entstehen vermag. Die Thatsachen von rechtlicher Bedeutung nennt man auch juristische und kann sie mit demselben Rechte so nennen, mit welchem man Thatsachen von sittlicher, wirtschaftlicher und physikalischer Bedeutung sittliche, wirtschaftliche und physikalische nennt.

Neben den Entstehungs- und Endigungsgründen der Rechtsverhältnisse pflegt man als weitere juristische Thatsachen diejenigen aufzuführen, welche eine Veränderung, sowie etwa auch solche, welche die Erhaltung eines bestehenden Rechtsverhältnisses begründen. Indem aber jedes Rechtsverhältniß kraft der seine Entstehung begründenden Thatsachen so lange besteht, bis andere seine Aufhebung begründende Thatsachen eintreten, so sind die unter Umständen zu seiner Erhaltung erforderlichen Thatsachen solche, welche seine Aufhebung ausschließen d. h. nicht sowohl positive Gründe seiner ferneren Existenz als vielmehr solche Thatsachen, vermöge welcher anderen die ihnen sonst eigene Bedeutung von Aufhebungsgründen des Rechtsverhältnisses nicht zukommt. Diejenigen Thatsachen sodann, welche eine Veränderung bestehender Rechtsverhältnisse begründen, begründen als solche, welche dieselben erweitern, die Entstehung, als solche, welche dieselben beschränken, die Endigung, und als solche, welche einen Wechsel ihres Inhaltes oder ihres Subjectes begründen, sowohl die Entstehung als die Endigung von Rechtsverhältnissen. Während im Falle seiner Erweiterung und Beschränkung der Bestand des Rechtsverhältnisses wenigstens zum Theile derselbe bleibt, so daß es durch dieselbe nur eine quantitative Veränderung seines Bestandes erfahren hat,

so hat es im Falle eines Wechsels seines Inhalts eine Umwandlung seiner Beschaffenheit als dieser bestimmten Erweiterung und Beschränkung persönlichen Daseins und im Falle eines Wechsels seines Subjectes eine Umwandlung seiner Eigenschaft als Erweiterung oder Beschränkung dieses bestimmten persönlichen Daseins erfahren. Ist jedes Recht eine bestimmte Erweiterung eines bestimmten persönlichen Daseins, welche weder ohne einen bestimmten Inhalt noch ohne ein bestimmtes Subject sich denken läßt, so ist jene Verwandlung ein gänzliches Erlöschen eines bestehenden Rechtsverhältnisses in Verbindung mit der Entstehung eines anderen dem erloschenen gleichartigen, aber entweder durch die Verschiedenheit seines Inhaltes oder durch die Verschiedenheit seines Subjectes von ihm verschiedenen Rechtsverhältnisses. Wie aber auch das gänzlich erloschene Rechtsverhältniß der Wiederherstellung fähig ist, weil ein neu entstandenes Rechtsverhältniß als ein mit einem früher erloschenen identisches gelten kann, so kann auch ein Rechtsverhältniß bestimmten Inhaltes als ein mit einem untergegangenen Rechtsverhältnisse von anderem Inhalte und ein Rechtsverhältniß eines bestimmten Subjectes als ein mit einem untergegangenen Rechtsverhältnisse eines anderen Subjectes identisches gelten. Und wie jene Wiederherstellung eines untergegangenen Rechtsverhältnisses dann platzgreift, wenn seine abermalige Entstehung nicht kraft eines neuen Entstehungsgrundes, sondern durch den bloßen Wegfall desjenigen Grundes, welcher bisher seine Existenz ausgeschlossen hatte, erfolgt, so liegt ein bloßer Wechsel des Inhaltes oder des Subjectes dann vor, wenn zwischen dem nunmehrigen und dem bisherigen Inhalte oder Subjecte ein Verhältniß des Ersatzes oder der Ablösung besteht.

Das Verhältniß des Ersatzes besteht da, wo ein Rechtsverhältniß als ein solches dieses bestimmten Inhaltes oder Subjectes nicht fortbestehen konnte, weil sein bisheriger Inhalt überhaupt kein möglicher Rechtsinhalt mehr war oder sein bisheriges Subject überhaupt nicht mehr existirt. Die Entstehung eines neuen Rechtsverhältnisses ist hier das Mittel, durch welches der gänzliche Untergang des in seiner bisherigen Bestimmtheit nicht mehr möglichen Rechtsverhältnisses verhütet wird, indem seine Fortsetzung ermöglicht wird durch die Substituirung eines anderen an die Stelle des bisherigen tretenden Inhaltes oder Subjectes. So gilt

die durch Vereitelung der ursprünglich geschuldeten Leistung entstandene Geldschuld als eine mit der ursprünglichen Schuld identische, weil durch ihre Statuirung der Untergang der ursprünglichen Schuld auf das unerläßliche Maß beschränkt wird, indem an die Stelle der specifischen ursprünglich geschuldeten Leistung die allgemeinere durch ihre Vereitelung nicht unmöglich gewordene Leistung der Verschaffung ihres Wertes tritt. Ist diese Geldschuld als solche eine jetzt erst entstandene, so ist sie doch nicht kraft eines besonderen Entstehungsgrundes, sondern deßhalb entstanden, weil die Vereitelung der ursprünglich geschuldeten Leistung angesichts der fortbestehenden Möglichkeit der Leistung ihres Wertes keine gänzliche Befreiung des Schuldners begründet. Es wäre nicht richtig dem entgegenzuhalten, daß diese Geldschuld nur im Falle verschuldeter Vereitelung der ursprünglich geschuldeten Leistung zu entstehen pflegt, da es die ursprüngliche Schuld ist, auf welcher die Ersatzpflicht des Schuldners beruht und nicht sowohl diese durch sein Verschulden als vielmehr ihr Wegfall durch seine Schuldlosigkeit bedingt ist.

Handelt es sich um einen Wechsel des Subjects, so ist das neue Subject des Rechtsverhältnisses ein das weggefallene Subject ersetzendes und durch seinen Eintritt die Fortsetzung des ohne denselben der ferneren Existenz unfähigen Rechtsverhältnisses ermöglichendes nur im Falle der Universalsuccession. Dieselbe unterscheidet sich von der Singularsuccession keineswegs nur dadurch, daß ihr Gegenstand nicht ein einzelnes Rechtsverhältniß, sondern ein Vermögen ist; diese Verschiedenheit ihres Gegenstandes beruht vielmehr selbst wieder auf der Verschiedenheit ihres Grundes. So lange eine bestimmte Person überhaupt noch existirt, kann unmöglich ihr Vermögen als solches auf eine andere Person übergehen; durch ihren Wegfall dagegen hört es notwendig auf als ihr Vermögen zu existiren; es würde daher notwendig zusammenfallen, wenn es nicht in Vermögen einer anderen die weggefallene ersetzenden Person verwandelt würde. Indem es aber nicht ein neu entstehendes, sondern ein bereits bestehendes Vermögenssubject ist, auf welches das Vermögen der weggefallenen Person übergeht, so wird es durch seinen Uebergang auf eine andere Person dem Vermögen dieser einverleibt. Gegenstand der Universalsuccession ist also das Vermögen einer bestimmten Person als solches

nicht, ohne diese Eigenschaft einzubüßen. Sie ist daher auch nicht eine successio in universitatem, sondern eine successio per universitatem [2]); indem das Vermögen einer untergegangenen Person demjenigen einer bestehenden einverleibt wird, wechseln ihr Subject alle einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten, welche Bestandtheile des Vermögens der untergegangenen Person gewesen waren und nunmehr vermöge dieser ihrer früheren Zugehörigkeit zum Vermögen jener Bestandtheile des Vermögens ihres Nachfolgers sind. Ein eigenes, dem übrigen Vermögen des Rechtsnachfolgers entgegengesetztes Vermögen ist daher das durch den Wegfall seines Subjectes auf ein anderes übergegangene nur insoweit, als in bestimmten Beziehungen seine frühere Eigenschaft als selbständiges Vermögen noch eine besondere Behandlung seiner Bestandtheile im Gegensatze zum übrigen Vermögen seines Subjectes begründet. So ist zwar die Erbschaft Gegenstand einer eigenen Universalklage; Gegenstand der hereditatis petitio ist aber nicht die Erbschaft als eine Vermögenseinheit; vielmehr bildet ihren Gegenstand die Gesammtheit desjenigen, was der Beklagte von Erbschaftsbestandtheilen in Händen hat, und ein einheitlicher ist nicht ihr Gegenstand, sondern ihr Grund. Ebenso beruht die unter Umständen den Gläubigern gegenüber erfolgende separatio bonorum nicht darauf, daß das durch Universalsuccession erworbene Vermögen nicht in gleicher Weise wie das übrige Vermögen des Erwerbers sein Vermögen wäre, indem nur gewisse Stücke seines Vermögens vermöge ihrer besonderen Herkunft in erster Linie zur Befriedigung derjenigen Gläubiger dienen sollen, deren Forderungen von gleicher Herkunft sind. Indem nach heutigem Rechte der Tod der einzige Grund des Unterganges einer Person ist, so kennt das heutige Recht als einzige Art der Universalsuccession die von Todes wegen eintretende; diejenigen Universalsuccessionen,

---

[2]) Die Universalsuccession ist nicht nur eine successio per universitatem, sondern auch eine solche in universum ius; der letztere Ausdruck ist aber identisch mit omne ius, von welcher Bezeichnung er sich höchstens dadurch unterscheidet, daß er die Möglichkeit der Ausscheidung einzelner auf dritte Personen übergehender Stücke andeutet. Anders verhält es sich auch nicht mit der Bezeichnung der successio in universa bona, welcher diejenige in rei tantum dominium entgegengesetzt wird. L. 3. § 1 D. de exc. r. v. 21, 3. L. 37 D. de adq. her. 29, 2. L. 24. § 1 D. de damn. inf. 39, 2. L. 1. § 13 D. quod. legat. 43, 3.

welche das römische Recht außerdem kannte, unterschieden sich von jener nicht nur durch ihren Grund, sondern auch durch ihre Beschaffenheit; ist der Tod der Anlaß, aus welchem das Vermögen des Verstorbenen demjenigen des Erben als der ihn ersetzenden Person einverleibt wird, so wird vermöge desselben Vorganges, durch welchen die capitis deminutio sich vollzieht, das Vermögen des capite minutus demjenigen seines pater familias als der ihn beherrschenden Person einverleibt, und wieder von anderer Art war die durch den Verkauf eines Vermögens im Wege der Execution sich vollziehende Ablösung eines Vermögens von seinem fortbestehenden Subjecte.

Im Gegensatze zur Universalsuccession ist die Singularsuccession stets ein solcher Wechsel des Subjectes eines bestimmten Rechtsverhältnisses, welcher nicht auf dem Untergange des Subjectes beruht, sondern durch Ablösung des Rechtsverhältnisses von seinem Subjecte sich vollzieht. Während durch Untergang der Person das Rechtsverhältniß als das ihrige notwendig erlischt, so daß sein Uebergang auf eine andere Person das einzige Mittel seiner Erhaltung ist, so ist es im Falle der Singularsuccession der Uebergang des Rechtsverhältnisses auf eine andere Person, durch welchen dieses aufhört ein Rechtsverhältniß seines bisherigen Subjectes zu sein. Der Grund dieses Ueberganges kann aber wieder ein verschiedener sein, indem die Ablösung einer Person durch eine andere theils auf Grund des eigenen Rechtes jener durch seine Uebertragung, theils aber dadurch erfolgen kann, daß dasselbe durch das Recht des Nachfolgers verdrängt wird. Im ersten Falle macht der Vorgänger oder für ihn ein anderer zur Verfügung über sein Recht Befugter dem Nachfolger Platz; im zweiten Falle muß er dem anderen, weil neben diesem kein Platz mehr für ihn ist, weichen. Mit Unrecht beschränkt man in der Regel den Begriff der Succession auf den ersten Fall. Das Verhältniß des Subjectswechsels oder der Ablösung des bisherigen Subjectes eines Rechtes durch ein anderes besteht dem bisherigen Eigenthümer gegenüber ebensowohl für den durch Ersitzung, als für den durch Uebertragung zum Eigenthümer Gewordenen. Die Identität des durch Ersitzung erworbenen Eigenthums mit demjenigen des bisherigen Eigenthümers folgt zwar noch nicht daraus, daß es denselben Beschränkungen durch Rechte Dritter unterliegt;

vielmehr beruht dies einfach auf dem Umstande, daß durch den Untergang des Eigenthums die Rechte Dritter an der Sache nicht erlöschen; wäre das Eigenthum schlechthin untergegangen und erst später durch Occupation ein neues Eigenthum entstanden, so würde dieses genau denselben Beschränkungen unterliegen. Dagegen gilt in diesem Falle nicht, was im Falle der Ersitzung gilt, daß ebenso die Erweiterung des Eigenthums durch mit ihm verbundene Servituten mit jenem auf den Nachfolger übergeht, und dadurch erweist sich unzweideutig das Eigenthum des Nachfolgers als ein von demjenigen des Vorgängers nur durch die Verschiedenheit seines Subjectes verschiedenes. Daß das Eigenthum einer Person dasjenige einer anderen unmittelbar ablösen würde, ohne daß es doch dieses wäre, welches auf den Erwerber überginge, das wäre nur möglich, wenn gleichzeitig aus einem bestimmten Grunde das bisherige Eigenthum erlöschen und aus einem anderen Grunde ein neues Eigenthum an derselben Sache entstehen würde; ist es dagegen wie im Falle der Ersitzung der Erwerb des neuen Eigenthümers, durch welchen das Recht des bisherigen erlischt, so besteht zwischen dem Rechte des einen und des anderen diejenige Continuität, welche in Verbindung mit der Gleichheit des Inhaltes beider Rechte die Auffassung derselben als miteinander identischer und daher der Ablösung des einen durch das andere als eines bloßen Subjectswechsels begründet.

Mit Unrecht pflegt man mit dem Begriffe der Succession den Begriff des abgeleiteten Rechtserwerbes zu identificiren. Bezeichnet der Begriff der Succession das Recht des Nachfolgers als ein mit demjenigen des Vorgängers identisches, so bezeichnet der Begriff des abgeleiteten Rechtserwerbes das Recht des Erwerbers als ein aus einem fremden Rechte als seiner Quelle abgeleitetes. Beides trifft zusammen im Falle der Uebertragung eines bestehenden Rechtes; dagegen ist der auf keiner Uebertragung beruhende Uebergang eines Rechtes auf eine andere Person kein abgeleiteter Erwerb desselben, und umgekehrt ist keineswegs jeder abgeleitete Rechtserwerb ein Erwerb eines fremden, auf den Erwerber übergehenden Rechtes. Allerdings vollzieht sich durch jeden abgeleiteten Rechtserwerb entweder eine Aufhebung oder eine Beschränkung desjenigen Rechtes, von welchem das Recht des Erwerbers abstammt. Auch dann aber, wenn durch

die Entstehung des abgeleiteten Rechtes das andere erlischt, besteht zwischen beiden keineswegs notwendig das Verhältniß der Gleichheit. So war die Freiheit des ehemaligen Sklaven eine vom Eigenthume seines ehemaligen Herrn abgeleitete; es war aber sowohl die rechtliche Stellung des ehemaligen Sklaven eine schlechthin neue, keine fremde ablösende, als auch das Eigenthum seines ehemaligen Herrn ein schlechthin untergegangenes, durch kein fremdes abgelöstes. Derjenige abgeleitete Erwerb sodann, durch welchen ein neues, das andere nur beschränkendes Recht entsteht, vollzieht sich nicht etwa dadurch, daß ein Theil oder Stück eines Rechtes von diesem abgelöst und zu einem eigenen Rechte erhoben würde, so daß eine partielle oder stückweise Ablösung des einen Rechtes durch das andere Platz greifen würde. So erfährt durch die Entstehung eines Rechtes an fremder Sache das Eigenthum keinerlei Verminderung seines Inhaltes, indem die durch das fremde Recht gegebene Eigenthumsbeschränkung nicht nur durch dessen Wegfall wieder wegfällt, sondern überhaupt im Verhältnisse zu dritten Personen ohne Bedeutung ist.

Während der Begriff der Singularsuccession das Recht des Vorgängers als ein dem Rechte des Erwerbers weichendes oder durch dessen Entstehung erlöschendes bezeichnet, so bezeichnet der Begriff des abgeleiteten Erwerbes das Recht des Erwerbers als ein vermöge des fremden Rechtes entstandenes, so daß dessen Subject als auctor des Erwerbers oder als derjenige erscheint, auf dessen Recht dasjenige des Erwerbers beruht. Indem aber thatsächlich die Begriffe der Succession und des abgeleiteten Erwerbes in der Mehrzahl der Fälle zusammentreffen und indem die rechtliche Bedeutung des zwischen dem Rechte des Vorgängers und dem gleichen Rechte des Nachfolgers bestehenden Zusammenhanges überwogen wird von der rechtlichen Bedeutung der Abhängigkeit, in welcher das abgeleitete Recht demjenigen des auctor gegenüber steht, so pflegt man bei der Bezeichnung des Rechtsnachfolgers weniger an das zwischen diesem und dem Vorgänger als solchem bestehende Verhältniß der Ablösung als an das Verhältniß der Abhängigkeit zu denken, welches dem Vorgänger gegenüber dann besteht, wenn dieser der auctor des Nachfolgers ist. Dieser Gewohnheit, den Rechtsnachfolger dem auctor entgegenzusetzen, entspricht es unter einem Rechtsnachfolger nur den

Erwerber eines abgeleiteten Rechtes und jeden Erwerber eines abgeleiteten Rechtes, also nicht sowohl einen solchen zu verstehen, dessen Recht auf das gleiche Recht des anderen als ein dieses ablösendes folgt, als vielmehr einen solchen, dessen Recht aus demjenigen des anderen als der Quelle seines Daseins fließt. Aehnliches gilt von den Bezeichnungen des Ueberganges und der Uebertragung eines Rechtes. Daß ein Recht von einer Person auf eine andere übergehe, läßt sich nicht nur im Sinne eines bloßen Subjectswechsels, sondern auch in dem Sinne sagen, daß das Recht des Erwerbers gedacht wird als ein von demjenigen des anderen ausgehendes oder vermöge desselben übertragenes. Bezeichnet der Begriff der Rechtsübertragung nur den vermöge des Rechtes des Vorgängers und nicht den trotz desselben erfolgenden Rechtsübergang, so liegt es um so näher, diesen nur Fälle des derivativen Erwerbes bezeichnenden Ausdruck auf alle Fälle desselben auszudehnen, da wir außer demjenigen, was vorher bei einem anderen sich befand, auch alles dasjenige als uns übertragen bezeichnen, was uns von einem anderen als etwas uns von ihm Zugewendetes oder Zugemutetes zukommt. In diesem weiteren Sinne ist der Begriff der Rechtsübertragung insbesondere gebraucht in dem Satze, daß niemand mehr Recht übertragen kann, als er hat [3]), oder daß im Falle des abgeleiteten Erwerbes die Befugnisse des Erwerbers ein bestimmtes, durch das Recht des auctor gegebenes Maß nicht zu überschreiten vermögen, sei es nun, daß das Recht des auctor jene Befugnisse selbst oder nur die Ermächtigung ihrer Uebertragung auf andere in sich enthält, wie z. B. der Pfandberechtigte kraft eigenen Rechtes fremdes Eigenthum überträgt. Indem die Rechtsübertragung im engeren Sinne ein bestehendes Recht von seiner Verbindung mit einer bestimmten Person ablöst und mit einer anderen Person verbindet, so würde jener Satz, wenn er nur diesen Fall im Auge hätte, betonen müssen, daß jedem nur die Uebertragung solcher Rechte möglich sei, welche ihm selbst zustehen oder seiner Verfügung unterliegen. Betont er dagegen in Wirklichkeit den Umfang des dem auctor zustehenden Rechtes als einen für den Umfang der ihm zustehenden Rechtsübertragung maßgebenden, so

---

[3]) L. 54 D. de R. J. 50, 17.

fordert er nicht, daß gerade das übertragene Recht dem auctor zustehe, spricht also von der Rechtsübertragung im weiteren Sinne oder von jeder Begründung eines abgeleiteten Rechtes als einer solchen, welche neue Rechte vermöge des Rechtes des auctor und daher nur insoweit begründet, als dieses zu ihrer Begründung ermächtigt. Indem jener Satz in diesem Sinne von der Rechtsübertragung handelt, so ist es keinerlei Widerspruch gegen denselben, wenn Paulus [4]) die Möglichkeit betont, auf andere solche Rechte zu übertragen, welche nicht die unsrigen sind, indem sie vielmehr durch jene Uebertragung erst entstehen. Bezeichnet er anderswo [5]) meinen auctor als denjenigen, a quo ius in me transit, so trifft dies auch in jenem Falle zu; denn nicht nur derjenige, dessen Recht auf mich übergeht, sondern ein jeder, von dessen Recht das meinige ausgeht, ist ein solcher, von welchem ein Recht auf mich übergeht.

Wie aber der Begriff der Rechtsübertragung im weiteren Sinne Anwendung nicht nur findet auf die Uebertragung bereits bestehender Rechte, so findet er umgekehrt auch Anwendung auf die Uebertragung bestehender, aber durch ihre Uebertragung nicht sowohl auf einen anderen übergehender als erlöschender Rechte; dann nemlich, wenn die Uebertragung eines bestehenden Rechtes an diejenige Person erfolgt, deren eigenes Recht durch seine Existenz beschränkt und durch seinen Untergang von dieser Beschränkung befreit wird. Demgemäß war im römischen Rechte die Form der in iure cessio gleichmäßig anwendbar sowohl für die Uebertragung des Eigenthums als für die Begründung und die Aufhebung dinglicher, dasselbe beschränkender Rechte. Beruht der Erwerb meines Rechtes auf Uebertragung, wenn seine Entstehung kraft fremden Rechtes erfolgte, und enthält das Aufgeben meines Rechtes eine Uebertragung, wenn seine Aufhebung zu Gunsten fremden Rechtes wirkte, so ist die Eigenthumsübertragung in jenem doppelten Sinne, die Begründung eines Rechtes an fremder Sache dagegen nur im ersten und die Aufhebung eines solchen nur im zweiten Sinne eine Rechtsübertragung.

Die Fälle der Rechtsübertragung im weitesten Sinne sind

---

[4]) L. 63 D. de usufr. 7, 1.

[5]) L. 175. § 1 D. de R. J.

zugleich Fälle der **Veräußerung** oder der alienatio, indem eine solche sowohl das Aufgeben eines eigenen oder der eigenen Verfügung unterliegenden Rechtes als die durch Begründung fremder Rechte erfolgende Beschränkung desselben ist. Gleich der Bezeichnung der Uebertragung ist die Bezeichnung der alienatio eine mehrdeutige, indem sie sowohl die Entfremdung eines eigenen Rechtes als die Begründung eines fremden Rechtes auf Kosten des eigenen bezeichnet. Der Begriff der Entfremdung kann aber selbst wieder theils in einem positiven, theils in einem negativen Sinne verstanden werden. Im negativen Sinne ist das Fremde der contradictorische Gegensatz des Eigenen, indem mir alles dasjenige fremd ist, was nicht das Meinige ist; in diesem Sinne entfremde ich daher mir mein Recht oder veräußere es durch jede Handlung, durch welche ich desselben mich entäußere oder es aufgebe. Ist dagegen im positiven Sinne ein fremdes dasjenige, was eines anderen ist, so ist eine alienatio im vollsten oder engsten Sinne des Wortes die Verwandlung des eigenen Rechtes in ein solches eines anderen. Der Begriff der Veräußerung ist daher im engsten Sinne identisch mit dem Begriffe der Rechtsübertragung im engeren Sinne der Uebertragung eines bestehenden Rechtes auf eine andere Person; in einem weiteren Sinne deckt er sich mit dem Begriffe der Rechtsübertragung in seiner umfassenderen Bedeutung, in welcher der Aufhebung eines Rechtes seine Beschränkung durch die Entstehung eines fremden Rechtes und der Entstehung eines Rechtes seine Befreiung von der durch ein fremdes Recht ihm auferlegten Beschränkung gleichsteht; im weitesten, jedes Aufgeben eines Rechtes umfassenden Sinne geht dagegen der Begriff der Veräußerung über denjenigen der Rechtsübertragung schlechthin hinaus.

Andererseits ist dem Begriffe der Rechtsübertragung gegenüber der Begriff der Veräußerung insoferne ein engerer, als er nur auf die Uebertragung von Vermögensrechten und nicht auf die letztwillige Uebertragung Anwendung findet[6]). Den Fällen

[6]) Die durch letztwillige Uebertragung begründeten fremden Rechte entstehen nie auf Kosten des eigenen, weil dieses durch den Tod erlischt. Wäre der Grund, aus welchem die Erbeinsetzung keine Veräußerung ist, vielmehr der von **Dernburg** (Pand. § 83) betonte der Repräsentation des Verstorbenen durch den Erben, so wäre die Errichtung von **Vermächtnissen** Veräußerung.

der Veräußerung werden unter Umständen in gewissen Beziehungen gleichgestellt die Fälle eines solchen Rechtsverlustes, welcher zwar nicht durch eine Handlung des Berechtigten sich vollzog, aber durch eine solche hätte abgewendet werden können. Hat nemlich der Berechtigte absichtlich unterlassen, den Eintritt jenes Verlustes durch die Vollziehung dieser Handlung zu verhindern, so ist derselbe zwar nicht durch seinen Willen, aber doch nicht ohne seinen Willen erfolgt; insoweit daher als eine Veräußerung eine Verantwortlichkeit des Veräußernden als eines zu ihrer Unterlassung Verpflichteten begründet, besteht dieselbe Verantwortlichkeit für denjenigen, welcher jenen Verlust sich vollziehen ließ, als einen zu seiner Verhinderung Verpflichteten. Ebenso steht ein solcher Vorgang zwar nicht im Verhältnisse zu Dritten, aber im Verhältniß des durch ihn Berechtigten oder Befreiten zu demjenigen, mit dessen Duldung er sich vollzog, einem durch dessen Handlung vollzogenen dann gleich, wenn jener dieses Verhältniß kannte [7].

Mit dem Begriffe der Veräußerung hängt zusammen der Begriff des Verzichtes. Diejenige Veräußerung ist Verzicht, welche kein fremdes Recht begründet, indem sie die Rechtsverhältnisse anderer entweder überhaupt nicht berührt oder dieselben sei es von einer Verbindlichkeit oder von einer Beschränkung ihrer eigenen Rechte befreit. In den Fällen der zweiten Art vollzieht sich der Verzicht durch eine Erklärung, welche zu ihrer rechtlichen Geltung regelmäßig der Einwilligung des durch ihn von einer Verpflichtung oder Beschränkung Entbundenen bedarf. In den Fällen der ersten Art ist eine Einwilligung anderer nicht erforderlich, aber auch eine bloße Erklärung der betreffenden Absicht regelmäßig nicht ausreichend, wie insbesondere das Eigenthum nicht schon durch diese erlischt. Uebrigens ist nicht jeder Verzicht eine Veräußerung; hat auf ein Recht verzichtet, wer in rechtsgiltiger Weise seine Absicht bethätigt hat, dasselbe nicht haben zu wollen, so ist Verzicht auch die Ausschlagung eines Erwerbes; ist dieser gleich dem Erbschaftserwerbe durch eine Willensäußerung des zu

---

Die lateinische Bezeichnung der alienatio als eine auf jede Begründung fremder Rechte anwendbare kommt übrigens auch in Bezug auf Erbeinsetzung sowohl als Vermächtniß vor. L. 8. § 3 D. de alien. 4, 7.

[7]) L. 28 pr. D. de V. S. 50, 16. L. 5. § 6, 7 D. de don. i. vir. 24, 1. L. 4 D. quae in fr. 42, 8.

ihm Berufenen positiv bedingt, so ist seine Ausschlagung in keinem Sinne eine Veräußerung; vollzieht sich dagegen der Erwerb wie derjenige eines Vermächtnisses ohne Zuthun des Erwerbers, jedoch so, daß er durch dessen Ausschlagung rückgängig wird, ist er also negativ dadurch bedingt, daß der Bedachte nicht den Willen des Gegentheils äußert, so gilt der Verzicht insoferne als Veräußerung, als ein dieser nicht Fähiger desselben nicht fähig ist, während die aus bestimmten Gründen bestehende Verpflichtung zur Unterlassung von Veräußerungen die Pflicht, einen solchen Erwerb nicht auszuschlagen, nicht in sich schließt[8]).

**Anmerkung.** Bezüglich des Wesens der Succession besteht

1) Streit darüber, ob das Recht des Nachfolgers mit demjenigen des Vorgängers identisch sei. Die Bedenken, welche man gegen diese Annahme hegt, beruhen aber auf einer Verkennung des Wesens der Rechtsverhältnisse. Daß das Recht des B mit dem Rechte des A schlechthin identisch sei, ist allerdings durch die Verschiedenheit der Subjecte ausgeschlossen, wie ebenso durch die Verschiedenheit des Inhaltes die volle Identität der Geldforderung, in welche eine andere Forderung sich verwandelt hat, mit dieser ausgeschlossen ist. Indem aber das neue Recht des B zwar durch die Verschiedenheit seines Subjectes vom bisherigen Rechte des A sich unterscheidet, aber im übrigen sich mit demselben deckt, so ist es mit demselben nur in Ansehung des Subjectes nicht identisch. Wären die Rechte reale Existenzen, so könnte von irgend welcher Identität meines Rechtes und deines Rechtes ebensowenig die Rede sein als von einer Identität verschiedener Personen oder Sachen. Indem dagegen die Existenz der Rechtsverhältnisse in ihrer Geltung besteht, so sind verschiedene Rechtsverhältnisse miteinander identisch, wenn sie als identisch oder sich deckend gelten oder vom Rechte behandelt werden. Indem diese Identität nur dadurch möglich ist, daß wir es nicht mit realen Existenzen zu thun haben, so ist es verfehlt, sie durch den der realen Körperwelt entnommenen Gegensatz der Substanz und der Accidentien oder des Dings und seiner Eigenschaften verstehen zu wollen. Wenn Windscheid (Pand. § 64) erklärt, weil die Substanz des Rechtes dieselbe geblieben sei, so fahre, soweit die Veränderung nicht reiche, alles fort, von dem Rechte zu gelten, was bisher von ihm galt; so ist die Frage, worin denn die Substanz eines Rechtes bestehe, keiner Beantwortung fähig, und in Wirklichkeit ist es nicht jene Identität der Substanz, welche die fortdauernde Geltung dessen begründet, was bisher vom betreffenden Rechte gegolten hatte, sondern es ist die fortdauernde Geltung der dem betreffenden Rechte geltenden Bestimmungen, welche die Annahme seiner Fortdauer begründet.

---

[8]) L. 5. § 8 D. de reb. eor. 27, 9. L. 6. § 4 D. quae in fr. 42. 8.

2) Regelmäßig pflegt man den Begriff der Succession mit demjenigen des abgeleiteten Rechtserwerbes zu identificiren und die Entstehung eines neuen Rechtes durch diesen als sog. successio constitutiva der sog. successio translativa entgegenzusetzen. Die sogenannte constitutive ist aber in Wirklichkeit keine Succession; ihre Auffassung als einer solchen beruht auf der früher herrschenden, aber neuerdings als unzutreffend erkannten Auffassung des neuentstandenen Rechtes als eines durch Ausscheidung eines Stückes aus dem Rechte des auctor entstandenen. Wie aber nicht jeder Fall des abgeleiteten Rechtserwerbes ein Fall der Succession ist, so ist auch umgekehrt nicht jeder Fall der Succession ein Fall des abgeleiteten Erwerbes. Daß im Falle der Ersitzung nicht durch derivativen, sondern durch originären Erwerb das Recht des bisherigen Eigenthümers auf den Erwerber übergehe, hat Brinz (Jahrb. des gem. R. III. 31) mit Recht hervorgehoben; daß er trotzdem die Identification der Succession mit dem derivativen Erwerbe festhielt und deßhalb die Ersitzung nicht als Succession gelten ließ, ist der Bedeutung des Wortes zuwider, welches nur besagt, daß einer den anderen ablöst oder die bisher von diesem eingenommene Stellung einnimmt. Neuerdings erklärt dagegen Brinz (Pand. 2. Aufl. S. 244, 595): der Usucapient erwerbe „derivativ, nicht originär, vorhandenes nicht werdendes Eigenthum". Die richtige Erkenntniß, daß die Ersitzung ein Fall der Succession ist, hat ihn also vermittelst jener hergebrachten Identification der Succession mit dem derivativen Erwerbe nun dahin gebracht, den Erwerb des Usucapienten als einen derivativen zu bezeichnen und damit den Gegensatz zu verwischen, in welchem der Erwerb des Usucapienten als ein dem Rechte des bisherigen Eigenthümers zum Trotze sich vollziehender zu einem auf Grund des bisherigen Eigenthumes sich vollziehenden Erwerbe steht. Daß derivativer Erwerb, wie Brinz (S. 562) hervorhebt, auch da Platz greife, wo man ohne die Auctorität des bisherigen Eigenthümers an seine Stelle rückt, das gilt in Wirklichkeit zwar von der Auctorität seines Willens, aber nicht von der Auctorität seines Rechtes. Falsch ist daher die Gleichstellung (563) des Usucapienten, der die besessene, und des Fiscus, der die verwirkte Sache erwirbt; denn der Fiscus erwirbt die verwirkte Sache auf Grund des bisherigen Eigenthums und daher nur als eine im Eigenthum des Straffälligen stehende, während der Usucapient sie ohne Rücksicht darauf erwirbt, in wessen Eigenthum sie bisher stand.

Während die gemeine Meinung noch nicht zugibt, daß im Falle der Ersitzung die gleiche Identität des verlorenen und des erworbenen Eigenthums besteht wie im Falle seiner Uebertragung, so sieht neuestens v. Schey (Ztschr. f. Priv. u. öff. R. IX. S. 213 ff.) ausschließlich in der Sache „das Individualisirungsmoment des Eigenthumsrechts", wonach auch das Eigenthum des Occupanten identisch sein müßte mit dem früheren Eigenthum des Derelinquenten, während es in Wirklichkeit mit diesem in keinerlei Zusammenhang steht.

Als einen Fall zwar nicht des derivativen Erwerbes, aber der Succession

bezeichnet die Ersitzung Dernburg (Pand. § 81). Indem er aber den Begriff der Succession lediglich auf das Beharren der Güter im Wechsel der Subjecte gründet und der derivativen Succession die „unverbundene" entgegensetzt, so stellt auch er das Verhältniß des Usucapienten zum bisherigen Eigenthümer dem Verhältnisse des Occupanten zum Derelinquenten gleich, während er Identität des Rechtes nur bei derivativer Succession statuirt. Zugleich aber erklärt er nicht nur jeden derivativen Erwerb für einen Fall der Succession, sondern spricht auch der Unterscheidung der constitutiven und translativen Succession jede praktische Bedeutung ab, während doch die erste dem auctor von seinem Rechte Dritten gegenüber nichts nimmt und es nur dem Erwerber gegenüber auf so lange, als dessen Recht besteht, beschränkt. Wäre die Entstehung eines Rechtes an fremder Sache ein wirklicher Fall der Succession, so wäre ein solcher auch sein Untergang; wäre jene eine das Eigenthum irgendwie vermindernde Ablösung des Eigenthümers durch einen anderen, so wäre diese eine das Eigenthum wieder vergrößernde Ablösung des anderen durch den Eigenthümer.

## II. Die Zeit.

### 1. Die Berechnung der Zeit.

### § 37.

Die Frage der Zeitberechnung ist nicht nur vermöge der vielfachen rechtlichen Bedeutung zeitlicher Verhältnisse eine rechtlich erhebliche, sondern auch vermöge der sie regelnden Rechtsnormen selbst eine Frage des Rechtes. Indem jede Zeitberechnung auf der Zerfällung der Zeit in bestimmte Zeitabschnitte beruht, so erhebt sich für sie die doppelte Frage nach der Natur der Zeitabschnitte, nach welchen gerechnet wird, und nach der Art und Weise, wie nach denselben gerechnet wird.

Derjenige Zeitabschnitt nun, nach welchem das römische Privatrecht rechnet, ist der von einer Mitternacht zur anderen reichende Kalendertag oder der dies civilis [1]). Diesen Namen führt er als der Tag im Sinne des Rechtes im Gegensatze zum dies naturalis oder zu dem von Sonnenaufgang zu Sonnenuntergang reichenden Tage im Sinne der Natur. Wenn im natürlichen Sinne als zwei einander ablösende Einheiten von einer nach der Verschiedenheit der Jahreszeit wechselnden Länge der Tag und

---

[1]) L. 8. D. de fer. 2, 12.

die Nacht einander gegenüberstehen, so hat das Recht die Einheit des Tages durch seine Erstreckung auf die zwei angrenzenden Nachthälften erweitert und dadurch die Einheit der Nacht zerstört; während Mittag und Mitternacht von Natur als Mittelpunkte der zwei einander ablösenden Einheiten des Tages und der Nacht sich gegenüber stehen, so hat durch das Recht der Mittag (meridies) diese Bedeutung des Mittelpunktes behalten, während die Mitternacht sie mit derjenigen der Tagesgrenze oder des End- und Anfangspunktes zweier einander ablösender Tage vertauscht hat. Durchaus fremd ist dem römischen Rechte der von den Neueren dem Begriffe des Kalendertages entgegengesetzte Begriff des Zeittages oder beweglichen Tages; ist der Tag im Sinne des Rechtes im Gegensatze zum natürlichen Tage ein Zeitabschnitt von bestimmter Ausdehnung, so versteht das römische Recht unter einem Tage doch nie einen beliebigen Zeitabschnitt von der Ausdehnung eines Kalendertages. Wenn wir den Kalendertag in zweimal zwölf von Mitternacht und Mittag an laufende Stunden und diese wieder in kleinere Einheiten von bestimmter Ausdehnung zerfällen, und vermöge dieser Eintheilung die vom Anfange oder Ende einer bestimmten Stunde oder Minute des einen Tages bis zum Anfange oder Ende der gleichnamigen Stunde oder Minute des anderen Tages verlaufende Zeit vermöge der Identität ihrer Ausdehnung mit derjenigen eines Kalendertages selbst als Tag bezeichnen, so war für die Römer diese Bezeichnung schon dadurch ausgeschlossen, daß jene Grundlage derselben fehlte. Zwar sind auch die römischen horae, deren gleichfalls zwölf gezählt werden, Bruchtheile des Tages, aber nicht des Kalendertages, sondern des natürlichen Tages und der Nacht; es beginnt daher ihr Lauf, anstatt mit Mitternacht und Mittag, mit Sonnenaufgang und Sonnenuntergang, so daß die erste in einen Kalendertag fallende Stunde die siebente der mit ihrer zweiten Hälfte in ihn fallenden Nacht ist; da nun Anfang, Ende und Ausdehnung des Tages und der Nacht und damit die Länge und Lage der Tages- und Nachtstunden (mit Ausnahme des Endes der sechsten und des Anfanges der siebenten) nach Verschiedenheit der Jahreszeit wechselte, so war die Stundeneintheilung nicht nur formell keine Eintheilung des Kalendertages, sondern es entsprachen einander auch materiell nicht die gleichnamigen Tages- und Nachtstunden innerhalb ver-

schiedener Kalendertage. Aus der Gleichgiltigkeit des Privatrechtes gegen den Unterschied von Tag und Nacht ergab sich daher seine Gleichgiltigkeit gegen den auf diesem Unterschiede beruhenden Unterschied der Stunden, und von dieser Gleichgiltigkeit kennen wir nur die Ausnahme einer Frist, welche innerhalb des wiederkehrenden Jahrestages mit der Wiederkehr der gleichnamigen und in diesem Falle auch die gleiche Stelle innerhalb des Kalendertages einnehmenden Stunde abläuft (S. 192).

Neben der Bezeichnung des Tages bedient sich das römische Privatrecht auch derjenigen des Monates und des Jahres. Während es aber die Bezeichnung des Tages stets im Sinne des Kalendertages gebraucht, so versteht es unter einem Monate oder Jahre nie die Einheit des Kalendermonates oder Kalenderjahres, sondern stets eine Summe von Tagen; während also im Sinne desselben der Tag stets mit dem bestimmten Zeitpunkte der Mitternacht beginnt, so ist der Beginn eines Jahres oder Monats an den bestimmten Tag des kalendarischen Jahres- oder Monatsanfangs nicht gebunden. Die Bezeichnung des Jahres oder Monates ist daher im Sinne des Privatrechtes nichts anderes als eine mittelbare Bezeichnung einer bestimmten Zahl von Tagen, und zwar ist

1) das Jahr = 365 Tagen. Indem diese Zahl mit Ausnahme des um einen Tag verlängerten Schaltjahres diejenige Zahl von Tagen ist, welche das Kalenderjahr umfaßt, so ist diese Uebereinstimmung rechtlich zur ausnahmslosen dadurch erhoben, daß der Schalttag, wie er im römischen Kalender keine eigene Zahl führt, sondern als bisextum Kalendas Martias dem 24. Februar (a. d. VI. Kal. Mart.) angehängt ist, so auch nicht als eigener Tag gezählt, sondern mit demjenigen Tage, welchem er angehängt ist, identificirt wird [2]). Da dem Schalttage im Kalender

---

[2]) Indem der sechste Tag vor den Kalenden des März nach römischer Zählung in einem Gemeinjahre der 24. Februar ist, so ist der Schalttag (dies intercalaris) unbestreitbar ein diesem Tage angehängter. Die bestrittene Frage, ob er vor oder hinter demselben eingeschoben ist, ist ausdrücklich im letzteren Sinne entschieden in L. 98 D. de V. S. 50, 16. L. 3. § 3 D. de min. 4, 4. Vgl. Th. Mommsen im Jahrb. d. gem. R. III. S. 359 ff. (Gegen die Annahme, daß in jenen Stellen als posterior dies wegen der Rückwärtszählung der Tage der frühere bezeichnet sein könnte, genügt die Verweisung auf postridie, was stets den späteren Tag bezeichnet.) Dagegen behandelt allerdings unser heutiger Kalender als den Schalttag den 24. Februar.)

keine eigene Zahl zukam, so zählte er bei der Berechnung nicht nur von Jahresfristen, sondern aller von Rechtswegen laufenden Fristen nicht als eigener Tag, während bezüglich rechtsgeschäftlicher Fristen die Frage seiner Einrechnung eine Frage der Auslegung war [3]).

2) Die mittelbare Bezeichnung einer Summe von Tagen durch Gebrauch der Monatsbezeichnung ist vermöge der wechselnden Länge der verschiedenen Monate notwendig eine ungenaue, deren Sinn eine Frage der Auslegung der sie gebrauchenden Satzung ist. Im Zweifel ist damit die runde und der durchschnittlichen Länge der Monate am nächsten kommende Zahl von 30 Tagen gemeint [4]).

Nach Tagen rechnet nun das römische Recht in der Weise, daß der nach einer bestimmten Zahl von Tagen benannte Zeitraum stets in seiner ganzen Ausdehnung innerhalb jener Zahl von Tagen liegt oder nicht sowohl ein die bestimmte Zahl von Tagen in sich enthaltender als vielmehr ein selbst in ihr enthaltener ist. Es ergibt sich daraus, daß derjenige Tag, in welchen das den betreffenden Zeitraum eröffnende Ereigniß fällt, stets mitgezählt wird in Uebereinstimmung mit dem römischen Sprachgebrauche, welcher bei der zahlenmäßigen Bestimmung der Entfernung zwischen zwei Gliedern einer Reihe beide mitzählt [5]). Der letzte derjenigen Tage sodann, in welche der betreffende Zeitraum fällt, ist ein solcher, welcher nach Verschiedenheit der Fälle bald abgelaufen, bald nur erreicht sein muß, um die betreffende Zeit zu vollenden. Entweder nemlich ist er der Anfangs-

---

[3]) Der in L. 2 D. de temp. pr. 44, 3 am Schlusse erhobene Widerspruch gegen die allgemeine Nichteinrechnung des Schalttages beschränkt sich auf den letzteren im letzten Satze der Stelle verzeichneten Fall. Seine Beziehung auf die Fälle der vorhergehenden Sätze ist dadurch schlechthin ausgeschlossen, daß in ihnen ohne alle Unterscheidung z. B. von der usucapio und den aediliciae actiones, also von Jahresfristen, auf welche jener Widerspruch unmöglich sich beziehen kann, und von anderen Fristen die Rede ist.

[4]) Als Regel ergibt dies l. 12. § 6 verglichen mit l. 30 § 5 D. ad l. Jul. de ad. 48, 5. Auf einen uns nicht überlieferten Ausnahmefall bezieht sich L. 101 D. de R. J. 50, 17.

[5]) Mit besonderer Deutlichkeit zeigt dies l. 1. § 5, 6 D. quand. app. 49, 4, wo der zweite Tag einer Frist im Verhältnisse zum Tage des sie eröffnenden Ereignisses als altera dies oder als der diesem unmittelbar folgende Tag bezeichnet ist.

termin oder der Endtermin eines bestimmten Rechtsverhältnisses. Indem nun dessen Existenz im ersten Falle mit ihm anhebt und im zweiten Falle mit ihm abläuft, so ist im ersten Falle der Anfang des letzten Tages der Zeitpunkt des Eintrittes und im zweiten Falle das Ende des letzten Tages der Zeitpunkt der Endigung des betreffenden Rechtsverhältnisses. Ist der betreffende Tag sowohl der Anfangs- als der Endtermin eines bestimmten Rechtsverhältnisses, so kommt es darauf an, ob das an ihm erlöschende Rechtsverhältniß durch die Entstehung des mit ihm beginnenden untergeht oder umgekehrt das Erlöschen des mit ihm zu Ende gehenden Rechtsverhältnisses die Veranlassung für die Entstehung des anderen bildet. Diese Verschiedenheit des Anfangs- und des Endtermines zeigt sich namentlich in der Anwendung auf Verjährungsfristen und Alterstermine. So verjähren Forderungen erst mit dem Ablaufe des letzten Tages der Verjährungsfrist [6]), während die Ersitzung als ein das bisherige Eigenthum aufhebender Erwerb mit dem Beginne des letzten Tages der Frist sich vollzieht [7]). Ebenso erscheint einerseits der Beginn der pubertas als der Anfangstermin der vollen Handlungsfähigkeit, deren bloße Consequenz der Wegfall der tutela impuberum ist [8]), während

---

[6]) L. 6 D. de obl. et act. 44, 7.

[7]) Unzweideutig ist in dieser Beziehung l. 15 pr. D. de temp. praescr. 44, 3. Dasselbe Resultat ergeben aber l. 6 u. 7 D. de usuc. 41, 3. Die Worte der l. 6: totum postremum diem computamus bedeuten: wir rechnen den letzten Tag (nemlich des Besitzes) ganz mit, rechnen also in die Zeit des Besitzes den Tag des Besitzverlustes ein. Wenn sodann l. 7 die Ersitzung, welche während des 1. Januar begonnen hat, sich vollenden läßt hora sexta noctis pridie kalendas Januarias, so heißt das um Mitternacht einen Tag vor dem 1. Jan. oder am 31. Dec. Die Mitternacht des 31. Dec. im Sinne der diesen beschließenden als gemeint anzunehmen, ist weder grammatisch noch sachlich begründet; indem die horae nicht Theile des Kalendertages, sondern Theile des natürlichen Tages und der Nacht sind, und indem der Begriff des Kalendertages auf der Ignorirung und Zerreißung dieser beruht, so kann von einer sechsten Stunde der Nacht eines bestimmten Kalendertages keine Rede sein. Das Gegentheil beweist nicht die in l. 7 genannte hora sexta diei kalendarum Januariarum, da der Kalendertag zu dem ganz in ihn fallenden und seinen Namen theilenden natürlichen Tage als eine Erweiterung desselben über die angrenzenden Nachthälften in einem anderen Verhältnisse steht als zur Nacht.

[8]) Daß die dem pubes zustehende Fähigkeit der Testamentserrichtung nicht erst am Geburtstage, sondern schon am vorhergehenden Tage besteht, ist für jeden Unbefangenen ausgesprochen in l. 5 D. qui test. f. 28, 1.

andererseits der Ablauf der minor aetas der Endtermin des den besonderen Schutz der in integrum restitutio und cura minorum begründenden Alters ist, mit dessen Ueberschreitung die Möglichkeit freier Verfügung über das eigene Vermögen nicht kraft einer dem minor fehlenden Handlungsfähigkeit, sondern durch den Wegfall der bisher die freie Verfügung ausschließenden cura eintritt [9]). Von selbst versteht sich das Erforderniß des Ablaufes des letzten Tages für alle nur innerhalb einer bestimmten Zahl von Tagen eine bestimmte Handlung zulassenden Fristen, sowie für solche Fristen, welche ausdrücklich die Ueberschreitung einer bestimmten Zeit, z. B. eines bestimmten Alters fordern.

Daß Anfang und Ende einer Frist nicht in den Rahmen der bestimmten, ihre Länge bezeichnenden Zahl von Kalendertagen hineinfallen, geschieht in dem einzigen Falle der in integrum restitutio propter minorem aetatem dadurch, daß diese ausnahmsweise noch zugelassen wird gegen eine Schädigung, welche der Fünfundzwanzigjährige am Geburtstage, aber vor der Geburtsstunde erlitt [10]). Dagegen werden bei der Berechnung einer Reihe von Fristen für solche Rechtshandlungen, welche vor der Obrigkeit vorzunehmen sind, jedoch nie bei geräumigeren als Jahresfristen diejenigen Tage nicht mitgezählt, welche nicht utiles, d. h. wegen eines zeitweiligen Hindernisses zur Vornahme der betreffenden Handlung nicht geeignet waren [11]). Dem utile wird entgegengesetzt das die Regel bildende continuum tempus [12]).

Indem diese Bestimmungen des römischen Rechtes mit dem Sprachgebrauche und der Sitte des römischen Lebens zusammenhängen, so fragt sich, inwieweit dieselben durch die Verschiedenheit unseres Sprachgebrauches und unserer Sitte eine Aenderung erlitten haben. Dabei kommt zunächst in Betracht unsere von der römischen abweichende Sitte, die Tage des Kalendermonates in fortlaufender Reihe zu zählen und gleich jedem anderen Tage eines Monates dem Schalttage eine eigene Zahl zu geben. Indem es nun in Schaltjahren der 29. Februar ist, welchem allein kein

---

[9]) Daß die minor aetas nicht vor dem Ablaufe ihres letzten Tages erlischt, ist in l. 3. § 3 D. de min. 4, 4 vorausgesetzt.

[10]) L. 3. § 3 D de min. 4, 4.

[11]) L. 2 pr. D. quis ordo 38, 15.

[12]) L. 31. § 1 D. de usuc. 41, 3.

gleichnamiger Tag eines anderen Jahres entspricht, so ist jetzt dieser der überzählige und daher bei Berechnung von Jahresfristen [13]) nicht mitzuzählende Tag des Schaltjahres [14]). In Beziehung auf Monatsfristen ist sodann heutzutage vielfach üblich die durch die römische Bezeichnung der Monatstage ausgeschlossene Zählung nach dem Datum, nach welcher die Zeit eines Monats überschritten ist mit der Wiederkehr des gleichnamigen Tages, oder in Monaten, welchen ein solcher fehlt, mit ihrem Ablaufe. Indem unsere Zählung der Monatstage jene Berechnung zuläßt, ohne doch sie zu fordern, so ist für die durch Rechtsact bestimmten Fristen ihre Anwendung eine Frage der Auslegung; für die durch Rechtsnorm bestimmten ist dagegen eine Aenderung des römischen Rechtes im Sinne jener Auffassung um so weniger anzunehmen, da durch sie die Zurückführung des Monats auf eine bestimmte Zahl von Tagen aufgegeben und eine verschiedene Länge verschiedener Monatsfristen herbeigeführt wird.

In Ansehung der Art nach Tagen zu rechnen ist unsere Sitte geneigt, den Anfangstag nicht mitzuzählen; doch ist diese Neigung keine ausschließliche [15]). Die Einrechnung des Anfangstages besteht daher noch insoweit zu Recht, als sie nicht, wie im Prozeßrechte, durch positive Satzung oder Uebung ausgeschlossen ist. Dagegen ist unserem Leben die Annahme fremd geblieben, daß eine Frist schon abgelaufen sein könnte mit dem Anbruche desjenigen Tages, mit welchem unter Einrechnung des Anfangstages die Zahl voll wird. Nach gemeinem Privatrechte erlischt daher jede Frist durch den Ablauf jenes Tages oder, was dasselbe ist, durch den Anbruch

[13]) Als ein zwar in anderen Jahren nicht wiederkehrender, aber nicht gleich dem dies intercalaris der eigenen Zahl entbehrender ist der 29. Februar nur bei Jahresfristen nicht mitzuzählen, während bei anderen Fristen jeder Grund dazu fehlt.

[14]) Windscheid § 103, Anm. 17 nennt die Behandlung des 29. Februar als des Schalttages „ganz verkehrt". Es ist aber nicht zu bezweifeln, daß unter uns kein in einem Schaltjahre Geborener seinen Geburtstag, dem doch rechtliche Bedeutung zukommt, an einem anderen Tage feiert als dem durch die gleiche Zahl bezeichneten; nur der am 29. Februar Geborene kann das nicht, weil dieser Tag in anderen Jahren nicht wiederkehrt.

[15]) Eine Eintritts- oder Fahrkarte von eintägiger Geltung ist eine solche, deren Geltung auf den Tag der Ausgabe sich beschränkt. Als ausnahmsloses ist das Princip, den Anfangstag nicht einzurechnen, überhaupt nicht durchführbar da es sonst an jeder Bezeichnung für eine auf den Anfangstag sich beschränkende Frist fehlen würde.

desjenigen Tages, durch welchen ohne Einrechnung des Anfangstages die Zahl voll wird.

**Anmerkung.** Das römische Recht kannte von Alters her sowohl nach Tagen als nach Jahren benannte Fristen. Von den Tagen constatirt Paulus in L. 8 D. de feriis 2, 12, daß sie more Romano um Mitternacht beginnen und endigen, weshalb

> quidquid in his viginti quattuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est quasi quavis hora lucis actum esset.

Er betont dadurch

1) das verschiedene Verhältniß des Kalendertages zum natürlichen Tage als einem durch ihn erweiterten und zur Nacht als einer durch ihn zerrissenen, sowie

2) die Eigenschaft des Tages als einer Zeiteinheit, innerhalb welcher Zeitunterschiede nicht in Betracht kommen. In Uebereinstimmung damit behandelt Marcian in l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1 mehrere eodem die erfolgte Verpfändungen als gleichzeitige; doch folgt aus der Behandlung des Tages als einer untheilbaren Zeitgröße nur, daß Zeitunterschiede innerhalb des Tages nicht als solche von bestimmter Größe in Betracht kommen.

Bezüglich des Jahres erklärt Paulus (l. 134 D. de V. S.):

> annum civiliter non ad momenta temporum sed ad dies numeramus.

Er begründet damit die Entscheidung, daß man anniculus oder einjährig schon mit dem Anbruche seines 365sten Lebenstages wird. Zugleich verneint er ausdrücklich die Annahme, als wäre ein Kind schon mit der Geburt einjährig, während sowohl diese als die von Paulus getroffene Entscheidung unmöglich gewesen wäre, wenn der Sprachgebrauch unter einem anniculus ein Kind verstanden hätte, welches das erste Jahr seines Lebens hinter sich hat. Nach Paulus ist ein Kind deshalb mit dem Anfange seines 365sten Lebenstages einjährig, weil wir das Jahr auf eine Summe von 365 Tagen, dagegen nicht wieder den Tag auf eine Summe kleinerer Zeitgrößen reduciren. Ist aber aus diesem Grunde einjährig, wer den 365sten, so ist eintägig, wer den ersten Tag seines Lebens angetreten hat. Beide Ausdrücke bezeichnen also den ersten Lebenstag und das erste Lebensjahr nicht als zurückgelegt, sondern als erreicht; indem aber für das Privatrecht (civiliter) das Jahr nichts ist als eine Summe von Tagen, so ist es erst erreicht mit der Vollendung dieser Summe oder der Erreichung ihres letzten Gliedes. In diesem Sinne ist also die Vollendung des Jahres mit seiner Erreichung identisch und von seiner durch den Ablauf seines letzten Tages bedingten Ueberschreitung verschieden. Daher unterscheidet Ulpian in l. 5 D. qui test. f. 28, 1 das excedere annum vom complere annum, mit welchem er in l. 2 pr. de subst. 28, 6 das pervenire ad annum identificirt, und demgemäß sagt

er in l. 1 D. de manum. 40, 1: iam . . . minor non est qui diem supremum agit anni vicesimi; ein solcher ist ihm nicht mehr minor, aber auch noch nicht maior viginti annis, sondern genau viginti annorum. Ob aber die einzelne Frist nur das Erreichen oder das Ueberschreiten des letzten Tages fordert, ist eine Frage der Auslegung. Das innerhalb der Frist Beginnende beginnt mit ihrem letzten Tage oder im Zeitpunkte seines Anbruchs. Das innerhalb der Frist zu Ende Gehende geht mit ihrem letzten Tage oder im Zeitpunkte seines Ablaufes zu Ende (l. 1 § 9 D. de succ. ed. 38, 9; l. 31 § 1 D. ad l. Jul. de adult. 48, 5).

Die Neueren haben das Verständniß der römischen Auffassung sich dadurch verschlossen, daß sie als die „natürliche" Bedeutung der Tagesbezeichnung die dem Worte dies nie zukommende Bedeutung eines beliebigen Zeitraums von der Dauer eines Kalendertages und demgemäß als die natürliche Dauer einer xtägigen Frist die Dauer von x $\times$ 24 Stunden voraussetzten. Indem nun die Quellen mit einziger Ausnahme der l. 3 § 3 D. de min. Zeitunterschiede innerhalb des Tages überhaupt nicht berücksichtigen und als die in Frage kommenden Zeitpunkte vielmehr den Anbruch und den Ablauf des Kalendertages bezeichnen, so war dies mit jenem Ausgangspunkte nur dadurch zu vereinigen, daß man die „natürliche" Zeitberechnung für eine nur ausnahmsweise eintretende und die „civile" für eine solche erklärte, welche die nach jener sich ergebende Frist durch Verlegung ihrer Grenze auf den Anfang oder das Ende des Kalendertages um einen Tagesbruchtheil verkürzt oder verlängert. Diese von Savigny Syst. 4, S. 335 ff. durchgeführte Theorie setzt aber voraus, daß der bald durch seinen Anbruch bald durch sein Ende den Ablauf der Frist entscheidende letzte Tag derjenige sei, in welchen der Ablauf der Frist nach natürlicher Berechnung fällt, daß also der Anfangstag nicht mitgerechnet werde im Widerspruche mit dem römischen den Ausgangspunkt mitzählenden, von Paulus in l. 132 D. de V. S. ausdrücklich in Bezug genommenen Sprachgebrauche.

Die richtige schon durch Donellus Comm. V. 19 vertretene Auffassung des römischen Rechtes begründet ausführlich Hölder, Theorie der Zeitberechnung nach R. R. 1873. Indem sie aber unserem Leben fremd geblieben ist, so entscheidet nach gemeinem Rechte durchweg der Ablauf des unter Einrechnung des Anfangstages berechneten oder der Anbruch des ohne diese berechneten letzten Tages als derjenige Zeitpunkt, welcher nach römischem Rechte spätestens und nach unserer Sitte frühestens entscheidet. Vgl. dazu noch den Artikel Zeitberechnung in Holtzendorff's Rechtslexicon 3. A. III, S. 1374 ff. Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich fordert in § 148 ausnahmslos den Ablauf des ohne Einrechnung des Anfangstages berechneten letzten Tages, was zwar für solche Fristen, innerhalb welcher eine Handlung erfolgen kann oder soll, einer verbreiteten Sitte sowie

dem geltenden Prozeßrechte entspricht, aber als allgemeine Norm sich nicht empfiehlt; würde insbesondere ein bestimmtes Alter von rechtlicher Bedeutung erst mit dem Ablaufe des Geburtstages erreicht, so ergäbe sich das unnatürliche Resultat, daß die in einem bestimmten Kalenderjahre ein solches Alter Erreichenden nicht zusammenfielen mit den in einem bestimmten anderen Kalenderjahre Geborenen. Hölder, Zum allg. Theile des Entw. (civ. Arch. 73) S. 137.

## 2. Die rechtliche Bedeutung der Zeit.

### § 38.

Die rechtliche Bedeutung einer bestimmten Zeit ist identisch mit der rechtlichen Bedeutung bestimmter Thatsachen als solcher, welche in sie fallen oder sie ausfüllen. Eine rechtliche Bedeutung der Dauer eines Zustandes bezeichnet der Begriff der Verjährung. Geht jene Bedeutung darin auf, die Befugniß oder Pflicht der Aenderung dieses Zustandes auszuschließen, so liegt eine sog. Extinctivverjährung vor, wogegen durch die sog. Acquisitivverjährung ein von der ferneren Dauer des fraglichen Zustandes unabhängiges Recht entsteht. Indem durch die Entstehung eines Rechtes jedes mit ihm unverträgliche Recht erlischt, so schließt die Acquisitivverjährung zugleich eine Extinctivverjährung in sich, welche aber nicht neben jener, sondern durch sie sich vollzieht.

Allgemeine für jede Verjährung geltende Normen gibt es nicht; es sind aber solche Verjährungen, welche nicht auf bestimmte Arten der Privatrechte sich beschränken, die Klagenverjährung und die sog. unvordenkliche Verjährung. Jene ist ausschließlich Extinctivverjährung; diese vermag dagegen Rechte nicht nur aufzuheben, sondern auch zu begründen. Durch jene erlischt die Befugniß der gerichtlichen Geltendmachung eines Privatrechtes, wenn es nicht innerhalb bestimmter Zeit geltend gemacht oder anerkannt ist. Im Falle dieser entsteht ein Rechtsverhältniß durch die unangefochtene Dauer eines nur unter der Voraussetzung seiner Existenz rechtmäßigen Zustandes. Von jeder anderen unterscheidet sich die unvordenkliche Verjährung sowohl durch ihre Bedingungen als durch ihre Bedeutung. Alle anderen Verjährungen sind dadurch bedingt, daß ein Zustand vom Zeitpunkte seines durch bestimmte Thatsachen begründeten Anfanges an während bestimmter Zeit bestanden hat, und haben die Bedeutung, daß im Momente der Vollendung dieser Zeit die betreffende rechtliche Aen-

derung eintritt. Dagegen ist die unvordenkliche Verjährung nicht eine in einem bestimmten Zeitpunkte sich vollendende und das durch sie begründete Rechtsverhältniß nicht ein in dem bestimmten Zeitpunkte ihrer Vollendung entstehendes, sondern ein solches, dessen gegenwärtiges Bestehen aus der Unvordenklichkeit des entsprechenden Zustandes folgt, während die Zeit seiner Entstehung dahingestellt bleibt. Man hat daraus geschlossen, daß die unvordenkliche Verjährung nicht die wirkliche Existenz des betreffenden Rechtsverhältnisses, sondern nur die Vermuthung seiner zu irgend einer Zeit durch irgend einen Vorgang erfolgten Entstehung begründe. Wird aber vom Rechte eine Thatsache vermuthet, so ist es stets eine bestimmte Thatsache, die es als gegeben annimmt, wenn diejenige Thatsache, welche die Vermuthung jener begründet, wirklich zutrifft. Die unvordenkliche Verjährung begründet dagegen in keiner Weise die Vermuthung eines bestimmten anderen Entstehungsgrundes des betreffenden Rechtsverhältnisses, indem sie vielmehr jeden anderen Entstehungsgrund desselben überflüssig macht. Die Vermuthung eines anderweitigen Entstehungsgrundes des entsprechenden Rechtsverhältnisses würde aus der Unvordenklichkeit eines Zustandes sich nur ableiten lassen als Vermuthung eines seiner Entstehung zu Grunde liegenden Rechtsvorganges. Die unvordenkliche Existenz eines Zustandes beweist jedoch zwar die Existenz, aber nicht, was nach jener Annahme der Fall sein müßte, die unvordenkliche Existenz des betreffenden Rechtsverhältnisses, und ihre Bedeutung wird nicht aufgehoben durch den Nachweis oder das Zugeständniß, daß ein anderer Entstehungsgrund des fraglichen Rechtsverhältnisses nie Platz gegriffen hat.

Bedingung der unvordenklichen Verjährung ist ein Zustand, welcher ein zu Recht bestehender sein kann und thatsächlich als ein solcher behandelt worden ist. Ungenau bezeichnet man dieses Erforderniß als dasjenige einer Rechtsübung, welche nicht möglich ist ohne die Annahme eines bestehenden Rechtes. War der Zustand nicht unangefochten, so ist es Sache des richterlichen Ermessens, ob er Anfechtungen in einer seine thatsächliche Behandlung als eines zu Recht bestehenden ausschließenden Art und Ausdehnung erlitten hat.

Ein unvordenklicher ist derjenige Zustand, dessen Entstehung jenseits der Erinnerung der jetzt lebenden Menschen liegt. Doch bedarf es nicht des positiven Nachweises seiner Existenz während

dieser ganzen Zeit. Die gemeinrechtliche Praxis hat dieselbe auf zwei zu je 40 Jahren berechnete Menschenalter angesetzt und in der Weise in zwei Hälften zerlegt, daß sie nur für ihre zweite Hälfte den Nachweis der Existenz des betreffenden Zustandes fordert, für die vorhergehenden 40 Jahre dagegen sich damit begnügt, daß keine Erinnerung eines in sie fallenden entgegengesetzten Zustandes besteht. Diese Halbirung ist aber nur von Bedeutung in Ansehung des Beweises, indem jener negative Umstand in Verbindung mit dem positiven Bestehen des Zustandes während der letzten 40 Jahre die Vermuthung seines früheren Bestehens begründet. Gleichgiltig ist dagegen die Existenz des Zustandes in der Zeit vor mehr als 80 Jahren; ist eine in diese fallende rechtswidrige Entstehung desselben nachgewiesen, so ist dies für sich gleichfalls ohne Bedeutung, wird aber, je näher diese Thatsache dem vorletzten Menschenalter liegt, desto eher die Ueberzeugung des Richters begründen, daß am Anfange desselben der fragliche Zustand noch nicht die thatsächliche Geltung eines zu Recht bestehenden hatte. Gleichgiltig ist endlich, wenn der fragliche Zustand die erforderliche Dauer erreicht hat, seine Fortdauer bis zur Gegenwart, da das durch seine Dauer begründete Rechtsverhältniß von seiner ferneren Dauer unabhängig ist.

**Anmerkung 1.** Da es allgemeine auf jede Verjährung und nur auf Verjährungen anwendbare Rechtsnormen nicht gibt, so ist die Frage, welche Fälle eines rechtlich bedeutsamen Zeitablaufes Fälle der Verjährung seien, nicht von der neuerdings ihr vielfach zugesprochenen Bedeutung. Zugleich ist es unrichtig „Verjährung" und „gesetzliche Befristung" einander entgegenzusetzen; denn die letztere Bezeichnung ist auf jeden Zeitablauf anwendbar, welcher kraft Gesetzes von rechtlicher Bedeutung ist, und diejenigen Fälle eines solchen Zeitablaufes, welche nicht zu den Fällen der Verjährung gehören, sind unter sich wieder von ganz verschiedener Natur. Auf der falschen Annahme eines zwischen den juristischen Thatsachen und ihren Rechtsfolgen bestehenden Verhältnisses realer Causalität beruht die grundlose Unterscheidung des Rechtsunterganges durch Verjährung als eines durch das Schweigen des Berechtigten bewirkten von einem durch die Unterlassung seiner Geltendmachung nur bedingten Untergange eines Rechtes. Verschiedene Fälle der Verjährung können sich von einander sowohl durch ihre thatsächlichen Bedingungen und ihre rechtliche Bedeutung als in Ansehung der Motive ihrer Statuirung unterscheiden, und das Bestreben, solche Unterschiede zu principiellen, für die Anwendung des Verjährungsbegriffes maßgebenden zu erheben, hat dazu geführt, Verschiedenheiten von weit größerer Bedeutung hinter minder erheblichen zurücktreten zu

lassen. Wer die Verjährung der alten temporales actiones oder die heutige Wechselverjährung wegen der zwischen ihr und der Verjährung anderer Klagen bestehenden Unterschiede nicht als Verjährung gelten läßt, um sie vielmehr mit dem Erlöschen eines Nießbrauches oder Urheberrechtes durch Zeitablauf zusammenzustellen, der ignorirt die Verschiedenheit heterogener Fälle, während er diejenige verwandter betont. So insbesondere Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung 1880.

Anmerkung 2. Bezüglich der unvordenklichen Verjährung besteht Streit über ihre Geschichte, über ihre rechtliche Bedeutung, über ihre thatsächlichen Bedingungen und über den Umfang ihrer Anwendung.

1. Wurzelt die unvordenkliche Verjährung im römischen oder im deutschen Rechte? Eine gewisse rechtliche Bedeutung unvordenklicher Zustände findet sich sowohl im einen als im anderen. In den Quellen des römischen Rechtes finden wir sie nur in Anwendung auf eine kleine Zahl von Fällen erwähnt, aber ohne jede Andeutung darüber, daß ihre Anwendbarkeit in denselben auf einer Besonderheit jener Fälle beruhe, vielmehr unter Aufstellung des allgemein anwendbaren Satzes, daß vetustas semper pro lege habetur (l. 2 pr. D. de aq. pl. 39, 3). Demgemäß hat die gemeinrechtliche Praxis, welche die Bedingungen der in bestimmten Anwendungen auch im canonischen Rechte und in den Reichsgesetzen anerkannten unvordenklichen Verjährung fixirte, stets die Bestimmungen des römischen Rechtes als ihre gesetzliche Grundlage angesehen.

2. In Ansehung der Bedeutung der Unvordenklichkeit streitet man darüber, ob sie ein eigener Grund der Entstehung und Endigung von Rechten sei oder nur die Vermuthung eines einmal eingetretenen und nicht mehr nachweisbaren Grundes derselben begründe. Mit Unrecht gibt man der letzteren Annahme die Fassung, daß es gar nicht um eine wirkliche Verjährung sich handle; wäre doch auch die Begründung einer bloßen Rechtsvermuthung eine dem betreffenden Zustande durch seine Dauer zukommende rechtliche Bedeutung. Richtig ist aber an dieser Annahme nur, daß die unvordenkliche Verjährung das Zurückgreifen auf andere vielleicht zutreffende, aber nicht mehr leicht nachweisbare Entstehungsgründe des betreffenden Rechtsverhältnisses überflüssig macht und daß bei ihrer Statuirung neben der an sich der Dauer factischer Zustände zukommenden Bedeutung die Rücksicht auf die Möglichkeit erfolgter, aber nicht mehr ersichtlicher rechtlicher Begründung ihres Bestandes eine Rolle spielt. Das ist aber etwas, was die u. V. nicht von anderen Verjährungen unterscheidet, sondern ihr vielmehr mit anderen gemein ist.

3. In Ansehung der Bedingungen der u. V. pflegt nicht gehörig unterschieden zu werden zwischen denjenigen Thatsachen, deren Annahme die Annahme einer u. V. begründet, und denjenigen Thatsachen, durch deren Beweis die u. V. bewiesen wird. Ein unvordenklicher Zustand ist derjenige, cuius origo

memoriam excessit (l. 3 § 4 D. de aqua cot. 43, 20). Dies kann nach zwei Richtungen verschieden verstanden werden.

a) Ein schlechthin unvordenklicher ist nur derjenige Zustand, von dessen Entstehung oder einstiger Nichtexistenz man überhaupt nichts weiß. In der That waren die römischen Juristen geneigt die Unvordenklichkeit in diesem absoluten Sinne zu fassen, wie l. 28 de prob. 22, 3 zeigt. Diese Auffassung führt aber nicht nur zu Unzuträglichkeiten, da sie die Anfechtung seit Jahrhunderten nicht angefochtener Zustände zuließe, sondern sie schlösse consequent festgehalten geradezu die unvordenkliche Verjährung aus, da man von jedem Zustande weiß, daß er einmal nicht existirt und zu irgend einer wenngleich unbekannten Zeit zu existiren angefangen hat. Ein unvordenklicher ist daher nicht nur ein Zustand, dessen Anfang jenseits jeder Erinnerung, sondern jeder Zustand, dessen Anfang jenseits der unmittelbaren Erinnerung der jetzt lebenden Menschen liegt. Die gemeinrechtliche Praxis hat diese Zeit fixirt auf zwei Menschenalter oder 80 Jahre.

b) Genügt zur Annahme der Unvordenklichkeit eines Zustandes, daß kein Anfang oder keine Nichtexistenz desselben innerhalb der gedachten Zeit nachweisbar ist oder bedarf es des positiven Nachweises seines Bestehens während dieser Zeit? Die römischen Juristen haben die Unvordenklichkeit unstreitig im ersteren Sinne verstanden, da ein Zurückreichen eines Zustandes über jede Erinnerung überhaupt nur in diesem Sinne denkbar ist. Zugleich aber versteht es sich von selbst, daß doch eine gewisse Dauer eines Zustandes nachgewiesen sein muß, wenn die Abwesenheit eines nachweisbaren Anfanges ihn zum unvordenklichen stempeln soll. Nach gemeinem Gewohnheitsrechte bedarf es des Nachweises seiner Existenz für die letzten 40 Jahre oder die Hälfte der für die unvordenkliche Verjährung in Betracht kommenden und zugleich das Maximum der zur Vollendung anderer Verjährungen erforderlichen Zeit. Die Bedeutung dieser Unterscheidung darf aber nicht überschätzt werden. Sie begründet keine principiell verschiedene Bedeutung der letzten und der vorhergegangenen 40 Jahre, und es ist damit nicht gesagt, daß die Existenz des fraglichen Zustandes in einem um volle 40 Jahre zurückreichenden Zeitpunkte nachgewiesen sein müsse; wie es vielmehr im Ermessen des Richters steht, wegen der Existenz eines Zustandes zu bestimmten Zeiten seine Existenz in der Zwischenzeit anzunehmen, so steht es auch bei ihm, aus der Existenz eines Zustandes seit nahezu 40 Jahren die Ueberzeugung von seiner Existenz seit vollen 40 Jahren zu gewinnen, während für die weiter zurückliegende Zeit es einer positiven Ueberzeugung des Richters nicht mehr bedarf. Diese verschiedene Behandlung der zwei Hälften der Zeit pflegt man darauf zurückzuführen, es handle sich darum, daß nicht nur von den jetzt Lebenden niemand einen anderen Zustand gekannt habe, sondern auch aus der Ueberlieferung der Vorfahren kein solcher bekannt sei. Diese Fassung betont aber weder genügend das Erforderniß des positiven Nachweises für die letzte Hälfte der Zeit noch grenzt sie die Zeiten genügend ab, da doch die Er=

innerung der jetzt Lebenden über weit mehr als 40 Jahre und die Ueberlieferung der Vorfahren in unbestimmte Zeit zurückreichen kann. In Wirklichkeit ist die ganze bei der u. V. in Betracht kommende Zeit ungefähr das Maximum derjenigen Zeit, welche noch von der eigenen Erinnerung jetzt Lebender umspannt sein kann, wenn auch nur so Weniger, daß der Anfang des fraglichen Zustandes oder die Existenz eines entgegengesetzten bei Lebzeiten dieser ältesten größtentheils ausgestorbenen Generation vielfach nicht mehr durch ihre eigene Aussage, sondern nur noch durch die Aussage Jüngerer über die Mittheilungen Verstorbener constatirt werden kann.

4. Die unvordenkliche Verjährung findet, falls ihre Bedingungen zutreffen, Anwendung auf alle nicht durch ihre besondere Natur der Verjährung entrückten Rechte, es wäre denn für dieselbe deshalb kein Raum, weil schon mit einer kürzeren Dauer des betreffenden Zustandes die entsprechende Rechtsänderung sich verbindet. Dagegen entbehrt der Begründung der Satz, daß „Zuständlichkeiten, welche mit Titel und Glauben in bestimmter Zeit legitimirt werden können, nicht auch noch titels- und glaubenslos der Heilung durch unvordenkliche Zeit theilhaftig werden" (Brinz, Pand. 2. A. I. 644). Es ist nicht abzusehen, warum ein Zustand, welcher, falls er weiteren Anforderungen genügt, schon durch eine kürzere Dauer zu einem von Rechtswegen bestehenden wird, nicht andernfalls durch seine längere Dauer zu einem solchen sollte werden können. Ebenso ist grundlos und von der Praxis nicht anerkannt Savigny's (Syst. IV, §§ 195 ff.) Beschränkung der u. V. auf Rechte von „publicistischem Charakter".

Die eingehendste Behandlung der u. V. ist die von Pfeiffer, Prakt. Ausf. II, S. 3 ff.; ihre neueste Bearbeitung ist die von Bekker, Syst. des heut. Pand.-R., § 39. S. auch Leonhard in den Verh. des 16. deutschen Juristentags I, S. 241 ff. Der Entwurf eines bürg. Gesetzb. für das D. Reich kennt sie nicht. S. dagegen Hartmann, Arch. f. civ. Praxis 73, S. 325 ff.

## III. Die Handlungen.

### A. Der Begriff der Handlung und die Handlungsfähigkeit.

### § 39.

Eine Handlung im Sinne des Rechtes ist diejenige Thatsache, welche von rechtlicher Bedeutung ist als eine durch den Willen einer Person bedingte. Ist von diesem die rechtliche Bedeutung eines bestimmten Verhaltens unabhängig, so ist es keine Handlung im Sinne des Rechtes. Hängt seine rechtliche Bedeutung sowohl vom Willen des Handelnden als von seiner realen Wirkung ab, so ist es eine Handlung im Sinne des Rechtes nur wenn jene

Wirkung eintritt. Ist die rechtliche Bedeutung eines bestimmten Verhaltens vermöge einer mehrfachen Beziehung desselben zum Willen der Person eine mehrfache, so vollzieht sich durch dasselbe eine Mehrheit von Handlungen. Kommt eine bestimmte rechtliche Bedeutung einem zusammengesetzten Verhalten zu, so vollzieht sich durch dasselbe eine Handlung. Kommt daneben eine rechtliche Bedeutung den einzelnen Bestandtheilen jenes Verhaltens zu, so liegt eine durch eine Mehrheit von Einzelhandlungen zu Stande kommende Gesammthandlung vor.

Die wichtigsten Handlungen sind die vom Rechte sanctionirten und die vom Rechte geahndeten oder die Rechtsacte und die Delicte. Ein Rechtsact ist die Aeußerung eines rechtsgiltigen oder zu Recht bestehenden Willens und damit eine Handlung, deren rechtliche Bedeutung mit ihrer sonstigen Bedeutung übereinstimmt; ein Delict ist eine Handlung, deren rechtliche Bedeutung ihrer realen Bedeutung entgegengesetzt ist, indem sie von rechtlicher Bedeutung ist vermöge ihrer realen Bedeutung als einer durch den Handelnden verschuldeten.

Der Abgrenzung der Handlungen gegen anderes Verhalten von rechtlicher Bedeutung bedarf es wegen der für jene erforderlichen Handlungsfähigkeit. Diese fehlt von Rechtswegen demjenigen, dessen Wille für das Recht nicht existirt oder ihm vom Rechte nicht zugerechnet wird.

Jeder Handlung unfähig ist der Geisteskranke. Die Existenz einer Handlung setzt die Möglichkeit der Bestimmung des Willens durch vernünftige Erwägung voraus. Beim Geisteskranken ist diese Möglichkeit nicht schlechthin ausgeschlossen; das Recht läßt aber auf die Untersuchung sich nicht ein, ob im einzelnen Falle diese Möglichkeit bestand, ignorirt vielmehr schlechthin den Willen desjenigen, in welchem nach Maßgabe seiner geistigen Gesammtverfassung die Unvernunft vorwiegt[1]). Keine Ausnahme davon begründet die rechtliche Bedeutung der in eine lichte Zwischenzeit fallenden Handlung, da hier die Geisteskrankheit eine intermittirende und zur Zeit der Handlung nicht vorhandene ist[2]).

Im Gegensatze zum Willen des Geisteskranken ist der Wille

---

[1]) § 8 J. de inut. stip. 3, 19. L. 1 § 12 D. de obl. 44, 7. l. 5 D. de reg. iur. 50, 17.

[2]) l. 2 C. de contr. emt. 4, 38. l. 6 C. de cur. fur. 5, 70. l. 9 C. qui test. 6, 22.

des infans zwar gleichfalls regelmäßig ein vom Rechte ignorirter, was aber eine Ausnahme erleidet für den Fall eines durch Besitzergreifung sich vollziehenden reinen Erwerbes [3]).

Dem Geisteskranken steht der entmündigte Verschwender in Ansehung der über seine Person oder sein Vermögen verfügenden Rechtsacte gleich, so daß er von diesen schlechthin ausgeschlossen ist, während im übrigen er durchaus handlungsfähig ist. Der Antretung einer Erbschaft ist er trotz der dadurch übernommenen Verpflichtungen fähig [4]).

Der impubes ist schlechthin handlungsunfähig nur bezüglich der letztwilligen Verfügung [5]), während seine Delictsfähigkeit nicht ausgeschlossen, aber dadurch bedingt ist, daß ihm nach Maßgabe seiner individuellen Reife das Verständniß des von ihm begangenen Unrechtes zuzutrauen ist [6]). Im übrigen ist der impubes von keinem Rechtsacte ausgeschlossen, aber solcher Rechtsacte, deren Bedeutung ihm nachtheilig ist, nur fähig tutore auctore oder mit dem unmittelbaren Beistande seines Vormundes [7]). In unser Rechtsleben ist jedoch die tutoris auctoritas nicht übergegangen, so daß die für den Mündel erforderlichen Rechtsacte nicht durch diesen selbst mit dem Beistande des Vormundes, sondern durch den Vormund als den Stellvertreter des Mündels vollzogen werden. Schlechthin fähig ist der impubes aller ihm lediglich vortheilhaften sowie derjenigen Rechtsacte, deren Folgen seine Person oder sein Vermögen nicht berühren.

Im Gegensatze zum impubes ist der Minderjährige keiner Handlung unfähig, aber eines ihm nachtheiligen Rechtsactes nur mit der Zustimmung seines Vormundes fähig, deren Ertheilung seiner Vollziehung sowohl vorausgehen als nachfolgen kann. Mit

[3]) § 10 J. de inut. stip. Dazu Anm. 2.

[4]) l. 10 pr. D. de cur. fur. 27, 10. l. 18 pr. qui test. 28, 1. l. 5 § 1 D. de adq. her. 29, 2. L. 6 D. de verb. obl. 45, 1. Die unbedingte Fähigkeit der Erbschaftsantretung hat das römische Recht dem Verschwender zuerkannt im Zusammenhange damit, daß es eine bedingte Handlungsfähigkeit desselben nicht kennt und Stellvertretung im Erbschaftsantritte nicht zuläßt, so daß er sonst vom Erbschaftserwerbe ausgeschlossen wäre.

[5]) l. 5 D. qui test. 28, 1. Daß er der Eheschließung nicht fähig ist, beruht auf seiner Unfähigkeit in ehelicher Verbindung zu stehen.

[6]) L. 5 § 2 D. ad l. Aq. 9, 2, l. 23 D. de furt. 47, 2. Daran ändert nichts der Umstand, daß nach heutigem Rechte die Existenz eines strafbaren Vergehens durch das Alter von zwölf Jahren bedingt ist.

[7]) J. de auct. tut. 1, 21. L. 9 D. eod. 26, 8.

Unrecht beschränken manche das Erforderniß dieser Zustimmung auf die Verfügung über das Vermögen des Minderjährigen, da jede Verfügung über die eigene Person durch Uebernahme einer Verpflichtung eine eventuelle Verfügung über das eigene Vermögen in sich enthält.

**Anmerkung 1.** Die Handlung im Sinne des Rechtes bestimmt Binding (Normen II, S. 45) als Selbstverwirklichung eines rechtlich relevanten Willens; eine solche ist aber weder das culpose Delict noch der Rechtsact, durch welchen der Wille eines bestimmten Erfolges nicht verwirklicht, sondern nur geäußert wird. Mit Recht erklärt aber Binding, daß „Handlungs- und Zurechnungsfähigkeit identische Begriffe sind", und demgemäß ist auch identisch der Begriff der Handlung und der Zurechnung, d. h. eine Handlung im Sinne des Rechtes ist jede Thatsache, welche das Recht als eine durch meinen Willen bedingte mir zurechnet oder welche wegen ihrer Abhängigkeit von meinem Willen eine juristische Thatsache ist. In Ansehung der Handlungsunfähigkeit unterscheidet man vielfach eine juristische oder auf der Bestimmung des Rechtes beruhende und eine natürliche oder von der Bestimmung des Rechtes unabhängige. Es ist aber die Möglichkeit einer Handlung desjenigen, welcher des durch ihren Begriff geforderten Willens thatsächlich unfähig ist, eine schon durch den Begriff der Handlung ausgeschlossene, so daß die Unmöglichkeit einer Handlung eines Schlafenden u. dgl. der Hervorhebung nicht bedarf. Dagegen ist eine juristische auch schon die Handlungsunfähigkeit des Kindes und des Geisteskranken. Ob die thatsächliche Beschaffenheit eines jugendlichen Menschen die thatsächliche Möglichkeit eines bestimmten Willens desselben begründet, ist quaestio facti; die Handlungsunfähigkeit des infans bedeutet aber die rechtliche Unerheblichkeit seines Willens; würde sie gestrichen, so wäre die Existenz einer Handlung des infans doch bedingt durch die Existenz des für sie erforderlichen Willens. Gleich der Beschaffenheit verschiedener infantes ist aber diejenige verschiedener Geisteskranker eine verschiedene und nicht gleichmäßig jede Bestimmbarkeit durch vernünftige Erwägung ausschließende; die absolute Handlungsunfähigkeit des Geisteskranken ist daher eine juristische als eine ohne Rücksicht darauf bestehende, ob nicht das bestimmte einzelne Verhalten auf einem von der Krankheit unabhängigen Grunde beruht.

Die Handlungsfähigkeit kann nicht nur eine schlechthin vorhandene oder eine schlechthin fehlende, sondern auch eine beschränkte in dem doppelten Sinne einer partiellen und einer durch die Zustimmung einer anderen Person bedingten sein. Dem Geisteskranken steht das Kind und der entmündigte Verschwender darin gleich, daß ihre Handlungsunfähigkeit eine unbedingte ist, welche nur beim Kinde für eine Art von Handlungen eine Ausnahme erleidet und beim Verschwender auf diejenigen Arten von Handlungen sich beschränkt, für deren Bedeutung ihm das Verständniß fehlt. Im Gegensatze dazu ist der

impubes nur einer Art von Handlungen und der Minderjährige keiner Handlung unbedingt unfähig. Mit Unrecht bezeichnet Brinz (Pand. 2. Aufl. S. 191) den Minderjährigen als einen nicht bezüglich der Handlungsfähigkeit, sondern nur bezüglich der Dispositionsbefugniß beschränkten. Fehlt mir die Fähigkeit einer Verfügung, weil ihr Object nicht Gegenstand meines Rechtes oder mein Recht durch fremde Rechte beschränkt ist, so hat dies mit der Handlungsfähigkeit nichts zu schaffen; fehlt mir aber, weil das Recht wegen meines jugendlichen Alters oder meiner sonstigen Beschaffenheit mir das nöthige Verständniß nicht zutraut, die Fähigkeit der Verfügung über ein Recht, welches schlechthin das meinige ist, so ist die Beschränkung meiner Verfügungsfähigkeit nichts anderes als eine Beschränkung meiner Handlungsfähigkeit.

**Anmerkung 2.** Die Ausnahme, welche von der Handlungsunfähigkeit des infans bezüglich des Besitzerwerbes besteht, ist in ihrer Tragweite bestritten. Paulus verlangt dafür in l. 32 § 2 D. de poss. die tutoris auctoritas, indem utilitatis causa zugelassen sei, daß iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris, während alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Dieser Ausspruch widerspricht aber der sonstigen Bedeutung der tutoris auctoritas sowohl durch ihre Statuirung bei einem Erwerbsacte als auch durch die Begründung ihrer Zulassung, da sonst die auctoritas den fremden Willen nie ersetzt, sondern nur verstärkt; die Ergreifung einer Sache durch einen Willenlosen unter Mitwirkung des den fremden Willen durch den seinigen ersetzenden Vormundes wäre in Wirklichkeit ein durch diesen als Stellvertreter vollzogener Besitzerwerb. In l. 1 § 3 eod. spricht Paulus zunächst sogar jedem Pupillen sine tutoris auctoritate die affectio tenendi ab, so daß dessen Ergreifung nicht mehr Bedeutung habe als wenn jemand dormienti aliquid in manu ponat. Dann gibt er aber zu, daß die Frage eines selbständigen Besitzerwerbes der Pupillen facti non iuris und ihre Bejahung zulässig sei, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant. Die damit bezeichnete Grenze kann nicht gemeint sein als eine durch das Recht gezogene, sondern nur als eine durch das wirkliche Verständniß der fraglichen Person gegebene, und thatsächlich ist es unbestreitbar, daß die affectio tenendi oder der Wille, eine Sache nicht nur momentan zu ergreifen, sondern auch festzuhalten, schon bei infantes vorkommt. Demgemäß ist unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß im einzelnen Falle dieser Wille anzunehmen sei, der selbständige Besitzerwerb eines infans anerkannt in l. 3 C. de poss. 7, 32. Es heißt hier, daß donatarum rerum . . . infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Es ist von geschenkten Sachen die Rede und damit von einem auch dem kindlichen Gemüthe schon verständlichen Vorgange. Es ist die Rede von einem corpore oder durch reale Ergreifung sich vollziehenden Erwerbe und damit ausgeschlossen ein durch Willenserklärung, z. B. durch constitutum possessorium, sich vollziehender Erwerb. Es ist die

Meinungsverschiedenheit der Juristen erwähnt und für consultius erklärt, interim licet animi plenus non fuisset adfectus possessionem per traditionem esse quaesitam. Dies kann nichts anderes bedeuten als daß es gerathener sei, den wenngleich noch schwachen Aneignungswillen des Kindes gelten zu lassen und demgemäß den Besitz als einen durch die Uebergabe erworbenen zu behandeln. Ein interim erworbener ist dieser als ein troz des mangelnden vollen Verständnisses schon jezt erworbener, wie auch Paulus in l. 48 pr. D. de adq. dom. den Fruchterwerb des bonae fidei possessor als einen interim eintretenden bezeichnet im Sinne eines sofort und nicht erst durch Ersitzung erfolgenden. Zu dieser Auffassung stimmt es auch allein, daß sonst, wie Papinian constatirt habe, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. Mit dem Erwerbe per tutorem kann hier ein stellvertretender nicht gemeint sein, da seine Unmöglichkeit aus der Unmöglichkeit des Erwerbes durch eigene Handlung des Kindes in keiner Weise sich ergäbe. Vielmehr ist mit jener Bezeichnung gemeint der Erwerb tutore auctore und ist durch Papinian's Bemerkung im Gegensatze zur Ansicht des Paulus betont, daß, wenn wir dem Kinde den Willen absprächen, auch von einer tutoris auctoritas keine Rede sein könnte; es erweist sich also dadurch der vorliegende Fall positiv als ein Fall des Erwerbes sine tutore, welcher auch schon deshalb anzunehmen wäre, weil eine Mitwirkung des Vormundes nirgends erwähnt ist. Zugleich zeigt die Begründung, daß die Entscheidung auf den Fall der Schenkung oder überhaupt der Tradition sich nicht beschränkt, indem nicht, wie Puchta (Kleine Schr. Nr. 19, Vorl. 1, Beil. XI) will, der Aneignungswille des Kindes Geltung nur hat als ein durch den Willen des Tradenten verstärkter. — Der B.G.=Entw. (§ 64) erklärt infantes schlechthin für „geschäftsunfähig“ im Widerspruche mit dem praktischen Bedürfnisse, dem es sicher nicht entspricht, daß eine einem Kinde geschenkte oder als res nullius von ihm occupirte Sache ihm soll weggenommen werden dürfen.

**Anmerkung 3.** Bezüglich des Verschwenders geben die Quellen über die Bedingungen seiner Entmündigung keine Auskunft, da die in der Entmündigungsformel bei Paul. sent. III 4a § 7 angegebenen Voraussetzungen gleich der ihnen entsprechenden Beschränkung der Verfügungsunfähigkeit des Entmündigten auf das Vatergut dem neueren Rechte nicht mehr angehören. Ulpian bezeichnet in l. 1 pr. D. de cur. fur. 27, 10 den zu entmündigenden Verschwender als einen solchen, welcher bona sua dilacerando et dissipando profundit und fordert damit nicht eine solche Verschwendung, welche den Lebensunterhalt des Verschwenders oder der von ihm zu unterhaltenden Personen gefährdet. Troz gesicherten Lebensunterhaltes ist die Entmündigung gerechtfertigt im Falle eines solchen Verhaltens des Entmündigten, welches die in seinem Vermögen befindlichen Werthe, sei es durch ihre unmittelbare Zerstörung oder durch ihre unvernünftige Verwendung, in

einem solchen Maße mit Vernichtung bedroht, daß nach dem pflichtgemäßen Ermessen der Obrigkeit das Interesse des Gemeinwesens an der Verhütung dieser Vernichtung groß genug ist, um die ausnahmsweise Entziehung der grundsätzlich dem Einzelnen zustehenden Verfügungsfähigkeit zu rechtfertigen. Diese Relation zwischen dem Interesse des Gemeinwesens, welches dasjenige seiner sämmtlichen Glieder in sich schließt, an der freien Bewegung der Person und seinem ausnahmsweise vorwiegenden Interesse an der Erhaltung der durch jene freie Bewegung mit Vernichtung bedrohten Werthe bezeichnet mit Recht als ausschlaggebend Steininger, Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Entmündigung des Verschwenders 1890, S. 65. Mit Unrecht verlangt er aber für den Begriff der Verschwendung eine Schuld, so daß „jede Möglichkeit einer Verschwendung" fehlen soll, wenn „eine geistige Schwäche die Vermögensschäden verursacht" (S. 59 f.). Im Widerspruche mit sich selbst befindet sich das Reichsgericht (Entsch. Bd. 21), wenn es einerseits die Besorgniß der Verarmung des Verschwenders als wesentlich bezeichnet (S. 168) und anderntheils „unvernünftige Handlungen" des Verschwenders genügen läßt, „durch welche Vermögenswerthe vernichtet und der Bestand seines Vermögens in nicht unerheblichem Maße verringert ist" (S. 169). Der B. G.-Entw. fordert schlechthin die Besorgniß, daß der Verschwender sich oder seine Familie „dem Nothstande preisgibt" (§ 29) und schließt damit jede Entmündigung eines familienlosen und durch die eigene Arbeitskraft oder fremde Fürsorge der Lebensnothdurft sicheren Verschwenders aus.

In Ansehung der Wirkungen der Entmündigung stellt der BGEntw. den Verschwender dem Minderjährigen gleich (§ 70) und gibt ihm insbesondere die letztwillige Verfügung frei (§ 1912 Abs. 2), die freilich ihn nicht in Noth zu bringen vermag, aber zur unsinnigsten Vermögensvergeudung und insbesondere dazu führen kann, daß der auf Antrag seiner Verwandten entmündigte Verschwender sich an ihnen durch einen letzten Willen rächt, welcher keinem anderen Interesse als demjenigen der Bosheit dient.

**Anmerkung 4.** Das römische Recht forderte die Bevormundung des Minderjährigen nicht unbedingt und unterschied in Ansehung der Handlungsfähigkeit zwischen Minderjährigen mit und ohne Vormund. Nach gemeinem Rechte gilt dagegen allgemein, was l. 3 C. de in int. rest. min. 2, 21 vom curatorem habens sagt, daß er non absimilis ei ist, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Von diesem unterscheidet sich der Minderjährige durch die Fähigkeit des Handelns mit Zustimmung des Vormundes, deren Möglichkeit als einer vorhergehenden oder nachfolgenden ihn zugleich vom impubes unterscheidet. Daß dagegen der Minderjährige im Gegensatze zum impubes und Verschwender unbedingt verpflichtungsfähig wäre, ist eine durch den Grund seiner Bevormundung und der ihr entsprechenden Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit (pr. J. de cur. 1, 23: huius aetatis

sunt, ut negotia sua tueri non possint) und durch die positive Erklärung der l. 3 cit (hunc contractum servari non oportet) sowie der l. 26 § 1 C. de adm. tut. 5, 37, welche für den Erbschaftsantritt das Erforderniß der Zustimmung des Vormundes als selbstverständlich ansieht, ausgeschlossene Annahme. Die unbeschränkte Verpflichtungsfähigkeit des Minderjährigen läßt sich aber auch nicht mit der Beschränkung auf Verpflichtungsacte behaupten, deren Folgen sein Vermögen nicht berühren; denn solche gibt es nicht. Wenn daher l. 101 D. de verb. obl. 45, 1 die Obligirung des Minderjährigen durch Stipulation ohne Zustimmung des Vormundes für möglich erklärt, so ist dies auf den Fall einer für den Obligirten vortheilhaften Novation, welcher auch der Verschwender fähig ist (l. 3 D. de nov. 46, 2), zu beziehen. Ihering, Jahrb. 12, S. 347 ff.

## B. Die Rechtsacte.

### 1. Der Begriff des Rechtsactes.

#### a) Die rechtliche Geltung des Privatwillens.

#### § 40.

Eine rechtsgültige ist die private Willensäußerung als eine von Rechtswegen für das Verhalten der Rechtsgenossen oder bestimmter Rechtsgenossen maßgebende. Gegenstand derselben kann daher ein bestimmter Erfolg nur insoweit sein als er von menschlichem Verhalten abhängt. Gleich der Rechtsnorm ist der Rechtsact ein solcher, welcher die Forderung eines bestimmten Verhaltens entweder begründet oder verneint. Das fragliche Verhalten kann sowohl ein fremdes als ein eigenes sein, und die es fordernde Willensäußerung ist eine solche, welche entweder gegen andere Personen die Forderung eines bestimmten Verhaltens erhebt oder anderen Personen die Forderung eines bestimmten Verhaltens zugesteht. Rechtsgültig oder ein Rechtsact ist die Willensäußerung dadurch, daß ihr Inhalt zu Recht besteht, daß also die durch dieselbe erhobene oder bewilligte Forderung um ihrer privaten Statuirung willen eine zu Recht bestehende, die durch dieselbe verneinte Forderung um ihrer privaten Verneinung willen eine nicht mehr zu Recht bestehende ist. Es liegt also im Begriffe der rechtsgültigen Willensäußerung nicht nur die Uebereinstimmung ihrer Rechtsfolge mit ihrem Inhalte, sondern auch die Existenz eines zwischen diesem und jener bestehenden Causalzusammenhanges. Dieser Zusammenhang ist aber nicht der reale der Ursache und Wirkung, und er

beruht nicht auf dem Willen des Handelnden, sondern auf dem Willen des Rechtes. Die Rechtsfolge tritt ein als eine in Gemäßheit des vom Handelnden geäußerten Willens durch das Recht bestimmte und nicht etwa als eine durch den Handelnden selbst bestimmte. Die rechtliche Geltung der Willensäußerung ist daher unabhängig davon, ob ihr Urheber sich derselben als einer rechtsgültigen bewußt war. Die Forderung eines bestimmten Verhaltens erhebt der Privatwille nicht nothwendig als eine vermöge der Auctorität des Gemeinwillens, sondern zunächst als eine kraft seiner eigenen Auctorität zu erfüllende. Wer einem anderen ein Versprechen abnimmt, erwartet, daß jenem sein Wort als solches heilig sei. Wer ein Testament errichtet, der rechnet vor Allem darauf, daß sein Wille als solcher den Seinigen heilig sei. Wenn das römische Recht Auflagen (die fidei commissa), welche bisher in der fides der Betheiligten die einzige Garantie ihrer Erfüllung hatten, zu rechtlich verpflichtenden erhob, so waren sie dadurch zu Rechtsacten erhoben ohne jede Aenderung des durch sie geäußerten Willens; nach wie vor war das Fideicommiß eine nicht sowohl an den Gemeinwillen als an die Treue des Fideicommissars appellirende Erklärung. Wäre freilich die rechtliche Geltung der erhobenen Forderung eine solche, deren Ausschluß vom Handelnden nicht sowohl irrthümlich angenommen als positiv gewollt wäre, so wäre die Freiheit der Zuwiderhandlung vorbehalten, so daß lediglich der unverbindliche Ausdruck eines Vorhabens oder Wunsches vorläge.

In Ansehung ihres Inhaltes bestimmt sich die Rechtsfolge eines Rechtsactes zwar durch den Inhalt des geäußerten Willens; doch kann sich von diesem ihr Inhalt unterscheiden als Einschränkung oder Erweiterung desselben. Von Rechtswegen gehören bestimmte Inhalte zusammen und schließen andere sich gegenseitig aus; ist nun ein Inhalt gewollt, mit welchem ein anderer in der Weise zusammengehört, daß jener der Hauptinhalt, der andere ein von Rechtswegen mit ihm verbundener ist, so besteht mit dem gewollten Inhalte auch seine Erweiterung oder Consequenz unabhängig davon zu Recht, ob sie selbst gewollt ist. Ist umgekehrt der Inhalt des geäußerten Willens ein mehrfacher, dessen verschiedene Bestandtheile aber von Rechtswegen einander ausschließen, so besteht, falls ein bestimmtes Stück des geäußerten Willens sein

Hauptbestandtheil ist, dieser ohne die von Rechtswegen nicht mit ihm verträglichen Bestandtheile zu Recht. Während der Einschränkung oder Correctur nur der incorrecte Privatwille bedarf, so ist die rechtliche Ergänzung des geäußerten Willens eine regelmäßige, da regelmäßig derjenige, welcher einen Rechtsact vollzieht, dies ohne das volle Bewußtsein aller rechtlichen Consequenzen des von ihm geäußerten Willens thut.

Wie wir als Gesetz nicht nur die Aeußerung des Gemeinwillens, sondern auch den durch diese zur rechtlichen Geltung gelangten Inhalt bezeichnen, so hat auch die Bezeichnung des Rechtsactes und des Rechtsgeschäftes nicht nur die Bedeutung eines die rechtliche Geltung eines bestimmten Inhaltes begründenden Vorganges, sondern auch die Bedeutung jener Geltung als einer durch diesen Vorgang begründeten. Wir sprechen daher vom Rechtsacte wie vom Gesetze nicht nur als einem der Zeit seiner Vollziehung angehörenden, sondern auch als einem durch seine Vollziehung zu Recht bestehenden, so daß er in diesem Sinne der Gegenwart so lange angehört, als die rechtliche Geltung seines Inhaltes dauert.

**Anmerkung.** Als Handlungen von entgegengesetzter rechtlicher Bedeutung pflegt man hervorzuheben Delicte und Rechtsgeschäfte. Ein weiterer als der Begriff des Rechtsgeschäftes ist aber der Begriff des Rechtsactes oder der rechtsgültigen Willensäußerung, da nicht jeder Privatrechtsact für sich ein Privatrecht begründet oder aufhebt. Der einzelne Rechtsact kann ein eigenes Rechtsgeschäft, er kann ein Bestandtheil eines zusammengesetzten Rechtsgeschäftes und er kann, wie z. B. eine Ermächtigung, eine Ermöglichung eines solchen sein. Es gibt aber auch Rechtsacte, welche weder Rechtsgeschäfte sind noch auf solche sich beziehen; so ist die Mahnung ein Rechtsact als rechtsgültige, mit bestimmten dem Willen des Mahnenden gemäßen Rechtsfolgen verbundene Forderung der Erfüllung einer Verpflichtung; sie ist aber kein Rechtsgeschäft, da sie lediglich die Erfüllung einer bereits bestehenden Verpflichtung fordert. Dagegen ist jedes Rechtsgeschäft ein sei es einheitlicher oder zusammengesetzter Rechtsact, da die mit einander ein Rechtsgeschäft bildenden Rechtsacte durch ihre Vereinigung einen Gesammtrechtsact bilden. Die allgemeine Theorie der Rechtsgeschäfte ist in Wirklichkeit eine Theorie der Rechtsacte. Der sog. Geschäftsfähigkeit bedarf es zu jedem Rechtsacte. Im Falle der Nöthigung, der Täuschung und des Irrthums ist ein unfreier nur der Rechtsact der genöthigten, getäuschten oder irrenden Partei. Nicht jeder bedingte Rechtsact ist ein bedingtes Rechtsgeschäft. Im Falle eines von einer Seite in fremdem Namen eingegangenen Vertrages ist nur der Antrag oder die Annahme durch einen Stellvertreter erfolgt; hat auf jeder Seite ein solcher gehandelt, so liegen zwei verschiedene

Stellvertretungen vor. Die Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte und der Rechtsacte ist nicht gewürdigt vom Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches, welcher demgemäß die Fähigkeit rechtsgültigen Handelns zu eng als Geschäftsfähigkeit bezeichnet, sodann mehrfach vom Rechtsgeschäfte spricht, wo er nur den einen der zu einem solchen vereinigten Rechtsacte meint, und als einseitige Rechtsgeschäfte auch solche Rechtsacte bezeichnet, welche der Sprachgebrauch nicht zu den Rechtsgeschäften zählt. Die herkömmliche Definition des Rechtsgeschäftes als der Aeußerung eines auf rechtliche Wirkungen gerichteten und durch die Erfüllung der rechtlichen Bedingungen seiner Wirksamkeit sie erzeugenden Willens enthält kein Merkmal, welches die Rechtsgeschäfte von anderen Rechtsacten unterschiede; denn irgend welche rechtliche Wirkung kommt jedem Rechtsacte zu. Mit Unrecht hat man gegen jene Bestimmung eingewendet, daß nach derselben das um seiner Rechtsfolge willen begangene Delict ein Rechtsgeschäft wäre (Brinz, Pand. 1. Aufl. § 312) und daß gleich jeder Rechtswirkung diejenige des Rechtsgeschäftes nicht ohne den Gemeinwillen eintrete (vgl. Windscheid, Pand. §§ 63, 68 Anm. 1). Die Rechtsfolgen des Delictes treten, wenngleich sie im einzelnen Falle vom Delinquenten gewollt sein sollten, unabhängig von seinem Willen ein, und unbestritten ist, daß der Privatwille rechtliche Wirkungen nicht unabhängig vom Gemeinwillen erzeugen kann; träte die Wirkung der Rechtsacte ein als eine vom Privatwillen positiv geforderte und durch den Gemeinwillen nur zugelassene, so ließe sie in der That sich als eine durch jenen erzeugte bezeichnen. Mit Recht hat man dagegen neuerdings jene Definition angegriffen auf Grund der Wahrnehmung, daß die Rechtsfolgen eines Rechtsactes mit dem Inhalte des durch seine Vollziehung geäußerten Willens nicht zusammenfallen. Im Gegensatze zu jenen hat man nun als Gegenstand des geäußerten Willens einen thatsächlichen Erfolg bezeichnet und zwar entweder den durch die Vollziehung des Rechtsactes unmittelbar gegebenen (Thon, Rechtsnorm und subj. R. S. 360 ff.) oder einen mittelbaren Erfolg derselben, welchen man theils als den psychischen der Einwirkung auf fremdes Bewußtsein (Kohler in Ihering's Jahrb. 16, S. 334), theils als den realen der Einwirkung auf die Außenwelt faßt (Lenel das. 19, S. 154 ff.). Unstreitig will nun, wer einen Rechtsact, z. B. ein Testament durch das Mittel des gesprochenen Wortes vollzieht, sowohl daß die fraglichen Worte von ihm gesprochen als daß sie von anderen vernommen seien, und ebenso unbestreitbar will er, daß die von ihm Bedachten die ihnen zugedachten Vortheile erlangen; Gegenstand seines Willens ist aber dieser Erfolg nicht als ein durch seine Handlung real bewirkter, sondern als ein durch die Befolgung seines Willens gesicherter, so daß dessen eigentlicher Gegenstand seine Befolgung oder die Erfüllung der von ihm erhobenen Forderung ist. Mit Recht betont daher Ryck (Berliner Festgabe für Beseler 1885, S. 123 ff.) den Charakter des Rechtsgeschäftes als einer privaten Normirung. Mit Unrecht dagegen bezeichnet er diese als eine solche, zu welcher der Private durch das Recht ermächtigt sei, welchenfalls

sie nicht wirklich eine private wäre; vielmehr wird jene Normirung zu einer zu Recht bestehenden erst dadurch, daß sie das Recht zu einer solchen erhebt, wie Gaius in l. 9 § 3 D. de adq. dom. 41, 1 und Ulpian in l. 130 D. de V. S. richtig betonen. Diesem begrifflichen Verhältnisse entspricht die geschichtliche Priorität der privaten Normirung vor ihrer rechtlichen Sanction. Wenn die zwölf Tafeln sagen: uti legassit . . . ita ius esto, so setzen sie die Existenz der dadurch sanctionirten Verfügungen voraus, deren Bedeutung sie durch ihre Sanction verstärken. Es ist darum weder historisch noch begrifflich zutreffend, wenn Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 1389) die Rechtsgeschäfte als solche bezeichnet, welche „nicht erst durch den Handelnden, sondern durch das Recht da sind", und es ist eine Umkehrung des zwischen dem Privatwillen und dem Gemeinwillen bestehenden Verhältnisses, wenn Bülow (Arch. f. c. Pr. 64, S. 87) das Rechtsgeschäft als eine „Emanation des Gemeinwillens" bezeichnet, bei welcher sich dieser des Einzelwillens als eines „rechtsbestimmenden Hülfsorgans" (S. 108) bediene.

Daß der Privatwille nicht erst durch das Recht ein normirender ist, daß dagegen dieses die private Normirung zur rechtsgültigen macht, ist anerkannt von A. Pernice (Zsch. f. P. u. ö. R. 7, 464 ff.), aber ohne hinreichende Unterscheidung derjenigen Geltung, welche der Privatwille als solcher beansprucht, und derjenigen, welche das Recht ihm verleiht. Zutreffend führt Bechmann (Kauf 2, S. 3 ff.) die rechtliche Geltung des Privatwillens auf seine Sanction durch das Recht zurück; mit Unrecht aber bezeichnet er als Gegenstand desselben einen äußeren Erfolg. Indem ich einen Willen sanctionire, so bekleide ich ihn mit der meinem eigenen Willen zukommenden Auctorität, und ein solcher Wille kann nur ein normirender sein. Neuerdings tritt Enneccerus (Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1888) wieder energisch dafür ein, daß die rechtliche Geltung des Privatwillens als eine von ihm geforderte Platz greift; dies folgt aber nicht aus dem mit Recht von ihm angenommenen Ausschlusse der dem Privatwillen zuwiderlaufenden rechtlichen Geltung. Nach Pininski (Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II, S. 317) ist ein Rechtsgeschäft „jedes menschliche Verhalten, welches eine Rechtsfolge bewirkt, weil es als der gewollte Ausdruck eines sich gerade auf diese Rechtsfolge beziehenden Wunsches gilt". In der That wäre der Geschäftswille als ein an das Recht sich wendender ein bloßer Wunsch; in Wirklichkeit bedarf es aber des Wunsches der Rechtsfolge nicht und ist die Befolgung des geäußerten Willens eine durch seine Aeußerung nicht nur gewünschte, sondern geforderte.

### b) Die Willensäußerung.

### § 41.

Die Bedeutung eines zu Recht bestehenden kommt dem Willen nicht zu als einem für den Wollenden, sondern nur als einem für

die Außenwelt existirenden oder geäußerten. Die Willensäußerung ist eine Erklärung als eine den bestimmten Willen bezeichnende, eine reale Aeußerung als eine der Verwirklichung des gewollten Erfolges dienende Handlung. Für die Existenz einer realen Willensäußerung ist entscheidend die Eigenschaft der Handlung als einer durch den entsprechenden Willen bestimmten, wenngleich ihn nicht zum Ausdrucke bringenden; für die Existenz einer Willenserklärung ist entscheidend die Eigenschaft der Handlung als einer den bestimmten Willen bezeichnenden; habe ich einen bestimmten Willen als einen von mir oder anderen zu befolgenden bezeichnet, so habe ich ihn dadurch, so viel an mir liegt, zu einem solchen erhoben, woran eine sog. reservatio mentalis nichts ändert.

Jede Willensäußerung vollzieht sich durch ein bestimmtes äußeres Verhalten oder in einer bestimmten Form; sie ist eine formelle, wenn ihre rechtliche Geltung von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängt; andernfalls ist sie eine formlose. Eine formlose Willensäußerung kann als reale durch jede Handlung von derjenigen realen Bedeutung erfolgen, durch welche der entsprechende Wille den Boden des äußeren Daseins betritt. Eine formlose Willenserklärung kann durch jede Handlung erfolgen, welcher die Bedeutung einer den bestimmten Willen bezeichnenden entweder für das allgemeine Bewußtsein oder für das Bewußtsein derjenigen Personen zukommt, welchen die Erklärung gilt.

Die Willensäußerung ist eine unmittelbare als eine den fraglichen Willen unmittelbar bezeichnende oder unmittelbar durch ihn bestimmte Handlung; sie ist eine mittelbare als eine durch einen anderen Willen bestimmte oder einen anderen Willen bezeichnende Handlung, wenn die Aeußerung dieses Willens nach den Gesetzen der Logik, der Sitte des Lebens oder der Vorschrift des Rechtes die Aeußerung eines weiteren Willens in sich enthält, weil die Existenz des einen ohne diejenige des anderen nicht möglich, nicht üblich oder nicht zulässig ist. Der mittelbar geäußerte Wille kann auch ein solcher sein, welcher nicht nothwendig, sondern nur im Zweifel durch die Existenz des unmittelbar geäußerten gegeben ist, weil nach der Sitte des Lebens oder der Vorschrift des Rechtes die Aeußerung eines bestimmten Willens als eines ohne einen bestimmten weiteren Willen bestehenden nur durch eine diesen positiv ausschließende Willensäußerung möglich ist.

Eine mittelbare Willensäußerung kann auch durch eine Unterlassung sich vollziehen, wenn diese unter Umständen erfolgt, unter welchen im Falle der Abwesenheit eines bestimmten Willens die Aeußerung des entgegengesetzten Willens nicht unterbleiben konnte oder durfte. Die Bedeutung der Unterlassung eines Widerspruches als einer Zustimmung kann sowohl auf einer Vorschrift der Sitte oder des Rechtes als auf privatem Herkommen oder Abkommen, aber nicht auf fremder Willkür beruhen, welche daher insbesondere nicht die Eigenschaft eines binnen bestimmter Frist nicht abgelehnten Antrages als eines angenommenen zu begründen vermag.

Im Falle der Willenserklärung ist von ihrer Vollziehung sowohl die bloße Formulirung ihres Inhaltes als auf der anderen Seite ihr Empfang zu unterscheiden. Eine Vollziehung der Erklärung ist diejenige Formulirung ihres Inhaltes nicht, die ihn denjenigen Personen, welchen die Erklärung gilt, noch nicht als einen vom Handelnden zum Gegenstand seines Willens erhobenen kundgeben soll. Noch keine Vollziehung der Erklärung ist daher jede Handlung, welche mit dem Bewußtsein erfolgt, daß die Eigenschaft des durch sie bezeichneten Inhaltes als eines für andere existirenden noch vom Belieben des Handelnden abhängt. Daher habe ich eine inter absentes erfolgende schriftliche Erklärung noch nicht vollzogen durch die Ausfertigung, sondern erst durch die Aushändigung des Schriftstückes, dasselbe wäre denn ein solches, über welches beliebig zu verfügen mir nicht zusteht[1]); dagegen ist die Vollziehung der Erklärung unabhängig von ihrem Empfange oder von der wirklichen Existenz ihres Inhaltes für das Bewußtsein derjenigen Personen, welchen sie gilt. Dies ist auch dann der Fall, wenn nach der Bestimmung des Rechtes oder des Privatwillens die maßgebende Bedeutung einer Erklärung durch ihren Empfang bedingt ist. Der wirklich empfangenen Erklärung steht zu Ungunsten des Empfängers diejenige gleich, welche wegen seiner Unzugänglichkeit zu seiner Kenntniß nicht gelangt ist, da dieser auf ein in seiner Person begründetes Hinderniß ihres Empfanges sich nicht berufen kann. Zugleich ist aber jede einer bestimmten Person geltende Erklärung für den Fall widerruflich, daß es ihrem Urheber noch gelingt, ihren Empfang durch jene zu vereiteln oder

[1]) Deshalb verpflichtet zwar nicht den Aussteller eines Wechsels, aber den Indossanten schon die Vollziehung seiner Unterschrift.

seine Bedeutung durch eine dem Empfänger spätestens gleichzeitig zukommende Gegenerklärung auszuschließen. Der für ihre Existenz wesentlichen und durch ihre Vollziehung ihr gegebenen Bestimmung, einer anderen Person als Ausdruck des Willens ihres Urhebers zuzukommen, und damit ihrer Bedeutung wird die Erklärung nachträglich wieder entkleidet durch eine nicht nur in dieser Absicht vollzogene, sondern auch von entsprechendem Erfolge begleitete Handlung, und eine solche ist außer derjenigen, welche den thatsächlichen Empfang der Erklärung ausschließt, auch die rechtzeitig eintreffende Gegenerklärung als eine solche, kraft welcher die widerrufene Erklärung dem Empfänger nicht mehr als Ausdruck des Willens ihres Urhebers zukommt.

Von einer wirklichen ist zu unterscheiden eine bloße Scheinerklärung, welche dann vorliegt, wenn ihr Inhalt für diejenigen Personen, welchen sie gilt, als ein solcher erkennbar ist, den ich durch ihre Vollziehung nicht wirklich mir aneigne. Ist die Willenserklärung zwar für eine bestimmte Person, aber nicht für Dritte als eine nur scheinbare erkennbar, so ist das fragliche Verhalten, soweit es die Bedeutung einer Dritten geltenden Erklärung hat, eine wirkliche Willenserklärung.

Die Scheinerklärung kann nicht nur eine zum Zwecke der Täuschung Dritter vollzogene, sondern auch eine offene sein, deren Vollziehung im Sinne der Vorführung des bloßen Bildes einer Willenserklärung erfolgt, sei es nun zum Zwecke der Belehrung oder Uebung oder zum Zwecke des Spieles oder Scherzes [2]). Eine wirkliche Willenserklärung ist diejenige, welche in der nicht irgendwie zum Ausdrucke gelangten Absicht des Scherzes vollzogen wurde; war diese absichtlich nicht ausgedrückt, so ist die Erklärung bewußt als wirkliche Willenserklärung vollzogen; ist dagegen aus Versehen der Ausdruck jener Absicht unterblieben, so ist im Falle der Entschuldbarkeit dieses Versehens die Willenserklärung wegen Irrthums ungültig.

Im Gegensatze zur offenen Scheinerklärung ist die zum Zwecke der Täuschung vollzogene eine simulirte [3]), deren Zweck insbesondere darin bestehen kann, für dritte Personen eine wirklich vollzogene Willenserklärung zu verdecken. Der scheinbaren oder simulirten

[2]) L. 3 § 2 D. de obl. et act. 44, 7.

[3]) L. 30 D. de ritu nupt. 23, 2. l. 54 D. de obl. et act. 44, 7.

Erklärung steht hier gegenüber eine dissimulirte oder verdeckte, welche trotz der Simulation zu Recht besteht, wenn alle Erfordernisse derselben vorliegen[4]). Ist die rechtliche Existenz einer Willenserklärung durch ihre Vollziehung vor dritten Personen bedingt, so kann sie nicht als eine vor diesen verdeckte vollzogen werden.

**Anmerkung 1.** Daß nicht jede rechtsgültige Willensäußerung eine Willenserklärung ist, hat Brinz (Pand. 1. Aufl. § 353) mit Recht betont. Unrichtig läßt er aber die reale Willensäußerung in einem Werke oder einer Behandlung der Körperwelt aufgehen; denn ein Rechtsact ist diese nicht als solche, sondern als Aeußerung eines über ihre reale Wirkung hinausgehenden Willens. Daher ist kein Rechtsact das Pflanzen, Bauen u. s. w., dessen rechtliche Folgen unabhängig vom Willen des Handelnden eintreten. Dagegen sind Rechtsacte die Occupation und Dereliction; denn ihre Rechtsfolgen sind dadurch bedingt, daß durch ihre Vollziehung ein über ihre reale Wirkung hinausgehender Wille einer handlungsfähigen Person sich äußert; das absichtliche Anfassen ist nicht schon als solches eine Occupation, und das absichtliche Fahrenlassen ist nicht schon als solches eine Dereliction. Daß diese Handlungen Rechtsacte seien ist bestritten, weil die Natur des Besitzes bestritten ist; es gibt aber auch andere Fälle rechtsgültiger Willensäußerung ohne Willenserklärung. So ist die Annahme eines Vertragsantrages keineswegs nur durch Erklärung möglich, was vielfach deshalb übersehen wird, weil man den Gegensatz der Willenserklärung und der realen Willensäußerung mit demjenigen der unmittelbaren und der mittelbaren Willenserklärung zusammenwirft. Jeder Willenserklärung ist aber wesentlich die Eigenschaft des erklärten Willens als eines kundgethanen und unwesentlich seine Eigenschaft als eines unabhängig von seiner Kundgebung existirenden, wogegen die reale Willensäußerung eine durch den fraglichen Willen bestimmte, aber nicht nothwendig ihn zum Ausdrucke bringende ist. Die Ergreifung einer Sache ist als eine zum Zwecke des Behaltens erfolgende eine Besitzergreifung und sie ist keine Besitzergreifung als eine nur zum Zwecke der Besichtigung erfolgende, ohne daß es darauf ankäme, ob der Zweck der Ergreifung durch ihre Vollziehung zum Ausdrucke gelangt. Es ist daher ein Widerspruch, wenn Brinz einestheils betont, daß nicht jede Willensäußerung eine Willenserklärung ist und doch auf der anderen Seite schlechthin fordert, „daß der Wille zum Ausdruck gelange".

**Anmerkung 2.** Anstatt der unmittelbaren und der mittelbaren Willensäußerungen pflegt man ausdrückliche und stillschweigende Willens-

[4]) L. 36. 38 D. de contr. emt. 18, 1. l. 46 D. loc. 19, 2. L. 5 § 5 l. 7 § 6 D. de don. int. vir. 24, 1. C. 4, 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.

erklärungen zu unterscheiden. Bezeichnet man als eine ausdrückliche nur die durch das Mittel des Wortes erfolgende Erklärung, so bedeutet die Unterscheidung lediglich eine Verschiedenheit der Form, mit welcher nicht etwa der Gegensatz einer ihren Inhalt nur andeutenden und einer ihn in seinem vollen Umfange offenbarenden Erklärung sich verbindet; denn eine ausdrückliche Erklärung in diesem Sinne gibt es nicht, da den vollen Inhalt jeder Erklärung erst ihre nie ausschließlich durch ihren Wortlaut sich bestimmende Auslegung ergibt. In einem weiteren Sinne nennt man eine ausdrückliche Erklärung eines bestimmten Willens jede Handlung, welche in der Absicht erfolgt, ihn als den Willen des Handelnden zu bezeichnen. Im Gegensatze dazu ist eine stillschweigende Erklärung die durch sog. facta concludentia erfolgende. Der Gegensatz, um welchen es hier sich handelt, begegnet uns aber in gleicher Weise in Fällen der realen Willensäußerung. Ein von mir geäußerter ist nicht nur der unmittelbar mein Verhalten bestimmende oder unmittelbar durch dasselbe bezeichnete Wille, sondern auch derjenige, ohne welchen jener nicht existiren kann oder darf. So ist meine Consumtion einer mit einem Verkaufsantrage mir zugeschickten Sache eine Willenserklärung überhaupt nicht; dagegen ist sie eine reale Aeußerung des Willens ihrer Verwendung für die eigenen Bedürfnisse und dadurch mittelbar des Willens ihrer Aneignung durch Annahme des Kauf- und Traditionsantrages, da ihre Verwendung mir nur kraft ihrer Aneignung und ihre Aneignung mir nicht ohne Annahme des mir gestellten Vertragsantrages zusteht. Durch ihre Kenntniß ist diese Bedeutung meines Verhaltens nicht bedingt. Derjenige Wille, ohne welchen der unmittelbar von mir geäußerte nicht bestehen kann oder darf, wird mir vom Rechte unabhängig davon zugerechnet, ob ich dieser Consequenz meiner Willensäußerung mir bewußt war. Dies gilt auch vom Falle eines durch ein bestimmtes Verhalten zwar nicht nothwendig aber doch im Zweifel geäußerten Willens, da nach der Annahme des Lebens oder des Rechtes jenes Verhalten ein solches ist, mit welchem, wenn es nicht die Aeußerung eines bestimmten Willens wäre, die Aeußerung des entgegengesetzten Willens verbunden worden wäre. Die Bedeutung jenes Verhaltens als einer Willensäußerung ist hier bedingt durch die Unterlassung der Aeußerung des entgegengesetzten Willens, und nur in diesem Sinne ist die Vollziehung einer Willensäußerung durch Unterlassung möglich. So bedeutet insbesondere die Unterlassung eines Widerspruches nur unter solchen Umständen eine Zustimmung, unter welchen der Widerspruch sowohl möglich war, als auch im Falle mangelnder Zustimmung nicht unterbleiben konnte oder durfte (l. 142 D. de R. J. 50, 17).

Der B. G.-Entw. enthält in § 72 die allgemeine Bestimmung: „Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen", womit er nur sagt, daß eine Erklärung erfolgen kann durch jede Handlung, welcher thatsächlich die Bedeutung einer solchen zukommt, daß sie also an eine bestimmte Form nicht gebunden ist; was außerdem noch § 91 Abs. 1 ausspricht. Da-

gegen versteht er in der Lehre vom Vertrage (§ 86) unter der „stillschweigenden Annahme“ die reale Willensäußerung, die er von der Willenserklärung sonst nicht unterscheidet. Und durch diese Auffassung löst sich insbesondere der Widerspruch, daß zwar die „stillschweigende Willenserklärung“ (§ 74) aber nicht die „stillschweigende Annahme“ von rechtlicher Bedeutung nur sein soll als eine zur Kenntniß des anderen Theiles gelangte. Wie vom Entwurfe, so wird von der Litteratur, insbesondere auch von der neuesten Bearbeitung G. Hartmann's (Arch. f. civ. Pr. 72, S. 161 ff.) der Gegensatz der unmittelbaren und der mittelbaren Willensäußerung vom Gegensatze der realen Willensäußerung und der Willenserklärung nicht genügend unterschieden.

**Anmerkung 3.** Die ausdrückliche Willenserklärung besteht nach Windscheid (Arch. f. civ. Pr. 63, S. 74) „in der Hervorbringung von Zeichen, welche zu dem Ende gemacht werden, um bei anderen das Bewußtsein zu erregen, daß derjenige, von welchem die Zeichen ausgehen, einen bestimmten Willen habe, und welche zur Hervorbringung dieses Bewußtseins an und für sich geeignet sind“. Trotz dieser Definition wird aber nach Windscheid die Existenz einer Willenserklärung durch reservatio mentalis ausgeschlossen; denn jene sei zwar nicht eine Mittheilung eines von ihr getrennten, aber eine Mittheilung eines in ihr enthaltenen Willens und damit dieser selbst in seiner sinnfälligen Erscheinung, weshalb ohne seine wirkliche Existenz eine bloße Scheinerklärung vorliege. Eine Mittheilung ist aber nie eine Erscheinung ihres Gegenstandes und eine Willenserscheinung kann die Handlung nur heißen als Erscheinung desjenigen Willens, kraft dessen sie erfolgte. Die Mittheilung eines bestimmten Willens ist daher eine Erscheinung nicht des mitgetheilten, sondern des von diesem verschiedenen Mittheilungswillens. Die Willenserklärung erfolgt aber nicht im Sinne eines bloßen Berichtes oder Zeugnisses über den eigenen Willen, dessen Bedeutung von seiner Wahrheit abhinge, sondern im Sinne der Erhebung des erklärten Willens zu einem solchen, welcher als der Wille des Erklärenden behandelt werden soll. Die Willenserklärung ist daher eine Aeußerung des erklärten Willens nicht als eines unabhängig von ihrer Vollziehung existirenden, sondern als eines solchen, welcher durch ihre Vollziehung zu einem maßgebenden erhoben ist. Es ist nicht gleichgültig, ob demgemäß die reservatio mentalis erkannt wird als eine die Existenz der Willenserklärung nicht berührende oder ob sie betrachtet wird als eine diese ausschließende, jedoch aus anderen Gründen vom Rechte nicht beachtete. Die Quellen des römischen Rechtes gedenken derselben nicht und betonen die entscheidende Bedeutung des wirklichen im Gegensatze zum simulirten Willen, ohne an die Möglichkeit der Anwendung dieses Satzes auf den Fall der Mentalreservation zu denken. Läge im Falle derselben eine Willenserklärung nicht vor, so wäre die Handlung von rechtlicher Bedeutung nicht als Rechtsact, sondern als Delict, wie in der That, ohne doch diesen Standpunkt consequent festzuhalten, Eisele (Ihering's Jahrb. 25, S. 414 ff.) annimmt. Der B. G.-

Entw. § 95 statuirt hier gleichfalls die Existenz einer Scheinerklärung, welche wegen der durch sie vollzogenen Täuschung einer wirklichen gleichsteht, und er schließt consequent diese Gleichstellung aus im Falle einer vom anderen erkannten Mentalreservation. Soll aber wirklich, wer einem anderen ein Versprechen gab, sich darauf berufen dürfen, dieser habe gewußt, daß der Wille der wirklichen Leistung des Versprochenen ihm von vornherein fehlte?

Den Uebergang vom Falle der reservatio mentalis zum Falle der bloßen Scheinerklärung bildet die der Täuschung Dritter dienende Erklärung, welche insoweit eine bloße Scheinerklärung ist als die getäuschten Dritten unbetheiligte Personen sind, während sie insoweit eine wirkliche Willenserklärung ist, als sie vermöge ihres Inhaltes die Bedeutung einer diesen geltenden hat. Ein Fall der Scheinerklärung, welcher gleichfalls voraussetzt, daß die Erklärung als eine bloß scheinbare nicht nur gemeint, sondern vollzogen war, ist der Fall des Scherzes, und der Fall des sog. bösen Scherzes oder desjenigen Scherzes, welcher absichtlich sich nicht als Scherz zu erkennen gibt, ist nichts als ein Fall der reservatio mentalis.

**Anmerkung 4.** Die Vollziehung der Willenserklärung ist zu unterscheiden

1. von einer bloßen Vorbereitung derselben, welche so lange vorliegt, als ich nicht der Erklärung mich entäußert oder eine Handlung vollzogen habe, die ohne weiteres Zuthun meinerseits den Empfang der Erklärung durch diejenige Person, welcher sie gilt, ermöglicht. So ist die briefliche Erklärung noch nicht vollzogen durch die Niederschrift, die Unterschrift oder die Verschließung des Briefes, wohl aber durch seine Absendung.

2. Auf der anderen Seite ist von der Vollziehung der Willenserklärung ihr Empfang zu unterscheiden. Ist durch diesen ihre rechtliche Bedeutung bedingt, was aber nicht schon aus dem Begriffe der Willenserklärung folgt, so gelangt sie zur Vollendung zwar nicht ohne ihren Empfang, aber doch nicht als eine jetzt erst vollzogene. Ebenso wird ja das Verbrechen ein vollendetes erst durch den Eintritt seiner Wirkung, ohne doch ein jetzt erst verübtes zu sein. Wie aber auch nach beendigtem Versuche der Rücktritt vom Verbrechen dann noch möglich ist, wenn es seinem Urheber gelingt, die vollzogene Handlung der Eigenschaft einer Ursache der verbrecherischen Wirkung zu entkleiden, so ist auch die vollzogene Willenserklärung noch zurückziehbar, wenn es ihrem Urheber gelingt, die vollzogene Handlung der Eigenschaft einer Willenserklärung wieder zu entkleiden. Der B. G.-Entw. verlangt in § 74 für die Wirksamkeit einer gegenüber einem Betheiligten abzugebenden Willenserklärung, daß sie diesem zugekommen oder als stillschweigende zu seiner Kenntniß gelangt sei. In der Lehre vom Vertrage läßt er aber diese Unterscheidung der Existenz und der Wirksamkeit einer Willenserklärung fallen und bezeichnet als Zeitpunkt des Vertragsschlusses denjenigen der Annahme, unter welchem er nicht den Zeitpunkt der vollzogenen Annahmehandlung, sondern denjenigen der nach § 74 wirksam gewordenen Annahme versteht.

## 2. Der Vertrag.

### § 42.

Derjenige Rechtsact ist ein Vertrag, welcher zu Stande kommt durch eine Willenseinigung verschiedener Personen [1]). Den einseitigen oder durch die Willensäußerung einer einzelnen Person vollzogenen Rechtsacten pflegt man ungenau die Verträge als zweiseitige entgegenzusetzen. Es gibt aber neben Verträgen, bei welchen nach der Natur ihres Inhaltes nothwendig zwei Parteien einander gegenüberstehen, auch solche, an welchen beliebig viele Parteien neben einander theilnehmen können.

Die Willenseinigung, welche der Begriff des Vertrages fordert, kann zu Stande kommen durch gemeinsame [2]) oder durch successive Willensäußerung der verschiedenen Parteien. Im Falle der successiven Willensäußerung entsteht der Vertrag durch die Annahme eines Antrages. Der Vertragsantrag bezeichnet den Vertragsinhalt als einen für den Fall der Annahme vom Antragsteller gewollten und schließt zugleich eine Aufforderung zur Annahme in sich. Haben verschiedene Personen einander gegenseitig Anträge von gleichem Inhalte gestellt, so bedarf es zur Entstehung eines Vertrages doch noch der Annahme [3]).

Der Vertragsantrag ist eine Willenserklärung, deren rechtliche Bedeutung in der Möglichkeit rechtsgültiger Annahme besteht und daher durch ihren Empfang als einen solchen bedingt ist, ohne welchen die Annahme nicht möglich ist. Die Annahme kann sowohl durch Willenserklärung als auch durch reale Willensäußerung erfolgen; indem ihre Vollziehung die Bedingung ist, unter welcher der Antragsteller den Inhalt des Vertrages zu wollen erklärt, so kann durch den Antrag sowohl eine bestimmte Art oder Form ihrer Vollziehung vorgeschrieben als auch die Bedeutung der vollzogenen Annahme von einer weiteren Bedingung, insbesondere von ihrem Empfange durch den Antragsteller, abhängig gemacht sein.

Als ein an diese bestimmte Person gerichteter kann der An-

---

[1]) L. 1 § 2, 3 D. de pact. 2, 14.

[2]) Dieser Fall wird vielfach übersehen und daher für jeden Vertrag, Antrag und Annahme unterschieden; ein Vertrag kann aber sowohl durch gleichzeitiges concludentes Verhalten als durch gleichzeitige Vollziehung des entscheidenden Wortes oder sonstigen Zeichens zu Stande kommen.

[3]) A. M. Bekker, Jahrb. d. gem. R. 3, S. 116 ff.

trag nicht mehr nach ihrem Tode von ihren Erben oder nach dem Erlöschen ihrer Handlungsfähigkeit von ihrem Vormunde angenommen werden; dagegen kann er durch einen vom Antragsempfänger ermächtigten Stellvertreter angenommen werden. Ist der Antrag an verschiedene Personen so gerichtet, daß jede ihn annehmen kann, so besteht eine Mehrzahl von Anträgen; ist er es in der Weise, daß nur eine Person ihn annehmen kann, so ist er nur an diese, wenngleich vor der Annahme noch nicht individuell bestimmte, Person (in incertam personam) gerichtet[4]).

Indem sein Inhalt erst als ein in Gemeinschaft mit dem anderen Theile gewollter maßgebend sein soll, so ist der Antrag bis zur Annahme widerruflich; doch muß der Widerruf, um diese auszuschließen, zur Kenntniß des anderen Theiles gelangt oder durch dessen eigene Unzugänglichkeit nicht gelangt sein. Ebenso erlischt der Antrag, wenn vor der Annahme der Antragsteller stirbt oder die Handlungsfähigkeit verliert[5]). Doch begründet die Befolgung der im Antrage enthaltenen Aufforderung im Falle ihres ohne seine Schuld zur Kenntniß des Aufgeforderten nicht gelangten Erlöschens die Forderung des Ersatzes der nutzlos aufgewendeten Kosten[6]).

---

[4]) Die Möglichkeit eines an eine incerta persona gerichteten Antrages ist vom römischen Rechte anerkannt bezüglich der Tradition (l. 9 § 7 D. de adq. dom. 41, 1) und es besteht kein Grund bei anderen Verträgen sie als ausgeschlossen anzusehen, soweit nicht durch ihre Natur oder durch besondere Bestimmung des Rechtes der Wille des Antragstellers auf eine individuell bestimmte Person gerichtet sein muß.

[5]) A. M. Regelsberger in Endemann's Hdb. des Handelr. 2, S. 442 wegen der Analogie des letzten Willens; dieser ist aber vom Momente seiner Errichtung an ein fertiger und nur der Aufhebung durch einen anderen im Falle der Handlungsunfähigkeit ausgeschlossenen Willen ausgesetzter.

[6]) Es greift hier die Analogie des Mandates Platz. Zwar befolgt im Gegensatz zu einem Mandatare der Acceptant die an ihn ergangene Aufforderung in seinem eigenen Interesse; indem sie aber zugleich im Interesse des Auffordernden erging und indem das Interesse des Aufgeforderten an ihrer Befolgung in dem Zeitpunkte erlischt, von welchem an diese den Vertrag nicht mehr zu Stande bringt, so fordert die Gerechtigkeit seine Gleichstellung mit einem solchen, welcher im Dienste eines ohne sein Wissen erloschenen fremden Willens handelt. Den „Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen" zur Geltung gebracht zu haben, ist Ihering's Verdienst (Jahrb. Bd. 4 I). Wenn auch nicht der Umfang, so ist doch die Existenz einer solchen Ersatzpflicht allgemein anerkannt, dagegen ist ihre Begründung höchst bestritten. Der von Ihering in den Vordergrund gestellte Gesichtspunkt der culpa in contrahendo nimmt die unbeweisbare Existenz einer Contractsculpa ohne

Hat für die Annahme der Antragsteller eine bestimmte Frist gesetzt, so ist durch ihren Ablauf der Antrag schlechthin erloschen, und die Frage, ob binnen jener die Annahme nur vollzogen oder auch zur Kenntniß des Gegners gelangt sein muß, ist eine Frage der Auslegung. Ist eine Frist nicht angesetzt, so ist es eine Sache des richterlichen, alle Umstände des Falles würdigenden Ermessens, wie lange die Annahme des Antrages in Gemäßheit seines Sinnes möglich ist. Im Zweifel ist die Annahme noch eine rechtzeitige als eine vom Antragsteller ohne Widerspruch entgegengenommene.

Keine wirkliche Annahme liegt vor, wenn ihr Inhalt von demjenigen des Antrages abweicht. Ist die Differenz eine bewußte, so liegt eine Ablehnung des Antrages und die Stellung eines anderen Antrages vor. Ist die Differenz eine unbewußte, so ist der Antrag weder angenommen noch abgelehnt, kann also noch angenommen werden; auch ist dadurch nicht ein anderer Antrag gestellt, da meine Aneignung eines Vertragsinhaltes als eines mir vorgeschlagenen kein eigener Vorschlag dieses Inhaltes ist. Ist durch den Antrag der Vertragsinhalt noch nicht bestimmt, so ist er eine bloße Aufforderung zu einem Vertragsantrage, falls der Aufgeforderte den noch nicht bestimmten Theil des Inhaltes erst vorschlagen soll. Ist dagegen seine Bestimmung dem einseitigen Willen des Aufgeforderten überlassen, so liegt ein wirklicher Vertragsantrag vor, da hier der Antragsteller mit demjenigen Inhalte, welchen der andere bestimmen wird, sich zum Voraus einverstanden erklärt. Inwieweit dies zulässig ist, bestimmt sich theils nach der besonderen Natur der in Frage stehenden Vertragsart, theils nach den durch die boni mores der blinden Aneignung fremden Willens gezogenen Grenzen.

**Anmerkung.** Bezüglich der durch den Begriff des Vertrages gegebenen

---

Contract an und trifft außerdem, was in noch weit höherem Maße vom Gesichtspunkte des dolus gilt, keineswegs in allen Fällen zu, in welchen die Gerechtigkeit eine Ersatzpflicht fordert. Ebenso ist bezüglich der früher von Windscheid und Regelsberger (Civilr. Erört. S. 33) statuirten stillschweigenden Garantieübernahme weder die factische Existenz noch für den Fall ihres Zutreffens ihre rechtliche Gültigkeit als einer durch einseitige Willensäußerung vollzogenen nachweisbar; jene Annahme ist denn auch von ihren Urhebern aufgegeben. Zutreffend ist dagegen die Analogie des Mandates, welche aus der im Vertragsantrage enthaltenen Aufforderung sich ergibt und geltend gemacht wird von Scheurl in Ihering's Jahrb. 2, S. 274 ff.

Erfordernisse seiner Entstehung hat man verschiedene Meinungen aufgestellt und mit den Schlagworten der Vernehmungs-, Aeußerungs- und Empfangstheorie bezeichnet. Die Vernehmungstheorie betont das Wesen des Vertrages als eines bewußten Einverständnisses, weshalb die das Einverständniß herstellende Annahme den Vertrag nur zu Stande bringe als eine dem Antragsteller bekannt gewordene. Wie aber der Annehmende sein Einverständniß mit dem Antrage äußert, so äußert der Antragsteller zum voraus sein Einverständniß mit der Annahme, zu welcher er den anderen auffordert. Die Aeußerungstheorie bedarf nicht sowohl der Berichtigung als der näheren Bestimmung der die Annahme vollziehenden Aeußerung, insbesondere der Unterscheidung zwischen ihrer wirklichen Vollziehung und ihrer bloßen Formulirung, welche Unterscheidung aber in gleicher Weise bezüglich anderer Willenserklärungen zu machen ist. Ebenso besteht für jede einer bestimmten Person geltende Erklärung die Möglichkeit ihrer Zurücknahme durch die Vereitelung ihrer Existenz für das Bewußtsein des anderen, erfolge sie nun durch unmittelbare Zurückziehung der Erklärung oder durch eine sie einholende Gegenerklärung. Es bedarf daher zur Sicherung dieser Möglichkeit nicht der zu diesem Zwecke aufgebrachten Empfangstheorie, welche ohne Grund jede Willenserklärung als eine erst durch ihren Empfang vollzogene behandelt. Wie aber im Gegensatze zur Annahme der Antrag von rechtlicher Bedeutung nur ist als ein zur Kenntniß des anderen gelangter, so ist der Widerruf einer vollzogenen Erklärung nur von rechtlicher Bedeutung als ein rechtzeitig zur Kenntniß des anderen gelangter, diese wäre denn durch seine eigene Unzugänglichkeit verzögert oder vereitelt. Daher ist der Widerruf des vollzogenen Antrages von rechtlicher Bedeutung nur als ein dem anderen vor der Vollziehung der Annahme zugegangener.

Die Fragen nach dem Zeitpunkte des Vertragsschlusses und nach der Widerruflichkeit des Antrages und der Annahme werden meistens speciell für den obligatorischen Vertrag erörtert, erheben sich aber nicht nur für jeden Vertrag, sondern auch für andere Willensäußerungen. Wesentlich für die Entscheidung ist die Erkenntniß, daß auch die vollzogene Willenserklärung eine solche sein kann, welche noch zurückgezogen zu werden vermag, sowie daß zu unterscheiden ist zwischen Antrag und Annahme, daß insbesondere die Bedeutungslosigkeit eines dem anderen nicht zugegangenen Antrages nicht dasselbe für die überhaupt nicht immer durch Willenserklärung sich vollziehende Annahme ergibt. Aus der überreichen Litteratur ist hervorzuheben Regelsberger, Civilr. Erört. S. 23 ff., v. Scheurl in Ihering's Jahrb. 2, S. 248 ff., Bekker in seinem Jahrb. 2, S. 342 ff., 3 S. 116 ff., Sohm, Zsch. f. Handelsr. 16, S. 16 ff., Schott, Der obl. Vertr. unter Abw. 1873. Die Quellen verlangen für die Existenz eines Vertrages consensus, bezüglich dessen außer Zweifel steht, daß er ein irgendwie geäußerter sein muß. Darüber hinaus gewähren sie keinen Anhaltspunkt, insbesondere nicht etwa für die Vernehmungstheorie durch

l. 1 pr. D. de V. O., l. 1 § 15, l. 48 D. de obl. et act. 44, 7. Daß bei der Stipulation jeder das Wort des anderen hören müsse, ist hier nicht für sich, sondern zur Begründung des Ausschlusses Tauber von der Stipulation ausgesprochen, und läßt sich auch dahin verstehen, daß jeder den anderen muß hören können. In l. 48 cit. ist die Fähigkeit des Tauben zur Theilnahme an solchen Verträgen, bei welchen sermone non opus est, damit begründet, daß er potest intellegere et consentire, was unzweifelhaft die Möglichkeit der Aeußerung seiner Zustimmung bedeutet (vgl. Leonhard, Der Irrth. bei nichtigen Verträgen 11 ff.). Durch consentire vollzieht sich aber der consensus; wer seine Existenz, weil er eine bewußte Uebereinstimmung sei, erst annehmen will im Falle des zur Kenntniß des Antragstellers gelangten consentire, der müßte ihn auch als ausgeschlossen ansehen im Falle der von diesem gehörten aber falsch verstandenen Annahmeerklärung, da auch hier der Antragsteller das Bewußtsein der vollzogenen Annahme nicht hat.

Der B. G.=Entw. bestimmt in § 77: „Zur Schließung eines Vertrages wird erfordert, daß die Vertragschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären." Er kennt also keine Annahme ohne Erklärung, er stellt die Erklärung des Antragstellers und des Annehmenden auf eine Linie, und sein Wortlaut läßt die Frage offen, ob er die gegenseitige Erklärung eines übereinstimmenden Willens als eine mit dem Bewußtsein dieser Uebereinstimmung vollzogene denkt. Nach den Motiven (1 S. 161) ist dies der Fall, nach welchen „zur Vertragschließung die gegenseitig erklärte und zum Bewußtsein gebrachte Willensübereinstimmung der Parteien gehört". In Wirklichkeit kann aber die Erklärung des Antragstellers nicht mit dem Bewußtsein jener Uebereinstimmung erfolgen, kann also die gegenseitige Erklärung eines übereinstimmenden Willens nicht von einem bewußt übereinstimmenden verstanden werden und ist daher der Anforderung des § 77 auch im Falle gegenseitiger Anträge desselben Inhaltes genügt. Geschlossen ist der Vertrag nach § 87 „mit dem Zeitpunkte der Annahme des Vertragsantrages", welche Annahme aber nach den Motiven nicht schon durch die von § 77 allein geforderte Erklärung, sondern wegen § 74 erst durch ihr Eintreffen beim Antragsteller zu Stande kommt. Vgl. darüber und über die wirkliche Bedeutung der nach § 86 nur im Falle ihrer Gestattung durch den Antragsteller zulässigen stillschweigenden Annahme S. 218 oben, 219 unten.

Die Widerruflichkeit des Antrages bis zur Annahme hebt der Entwurf gleich seinem Erlöschen durch Tod und Handlungsunfähigkeit des einen oder anderen Theiles auf, ohne zugleich das Erforderniß sofortiger Annahme aufzustellen; er macht dadurch die Stellung der Parteien zu einer ungleichen, indem er die Ausnützung eines Wechsels der Conjunctur, die er dem Antragsteller versagt, dem anderen Theile gewährt. Die „Verkehrssitte", auf welche § 84 für die Zeit der Annahme verweist, ist eine solche, welche thatsächlich für den gemeinen bürgerlichen Verkehr bis jetzt sich nicht gebildet hat.

## 3. Der Grund der Rechtsacte.

### a) Uebersicht.

### § 43.

Die rechtliche Geltung der Willensäußerung als eines Actes individueller Selbstbestimmung ist unabhängig von den Gründen, durch welche der Handelnde sich bestimmen ließ. Doch erleidet dies Ausnahmen im Falle des durch fremde Willkür oder Irrthum bestimmten Willens. In beiden Fällen war die individuelle Selbstbestimmung nicht eine freie, und diese Unfreiheit ist theils im Verhältnisse zu Dritten, theils wenigstens im Verhältnisse zu demjenigen, welcher sie herbeigeführt hat, von rechtlicher Bedeutung. Meine Unterwerfung unter fremde Willkür ist von rechtlicher Bedeutung gegenüber Dritten als eine solche, welcher ich mich nicht entziehen konnte, dagegen nur dem anderen gegenüber, wenn sie auf meiner individuellen Furchtsamkeit beruhte. Mein Irrthum ist von rechtlicher Bedeutung gegenüber Dritten nur als ein entschuldbarer, wogegen dieses Erforderniß wegfällt im Verhältnisse zu demjenigen, durch dessen bösen Willen ich einer Täuschung erlag.

Auch derjenige Bestimmungsgrund aber, welcher an sich der rechtlichen Bedeutung entbehrt, kann solche dadurch erlangen, daß sein Zutreffen zur Bedingung des geäußerten Willens erhoben wird. Während Handlungen mit realem Erfolge im Falle der Ungewißheit der den Handelnden bestimmenden Umstände nur auf die Gefahr hin möglich sind, daß ihr Erfolg auch dann eintritt, wenn er, weil jene Umstände nicht zutreffen, dem Handelnden nicht erwünscht ist, so ist die Aeußerung eines bestimmten Willens auch möglich als eine durch die Existenz eines bestimmten Umstandes bedingte. Für das Bewußtsein ihres Urhebers ist jede Willensäußerung eine bedingte, deren Existenz abhängt von einem für ihn ungewissen Umstande; ist aber dieser Umstand ein in Wirklichkeit bereits entschiedener, so existirt in Wirklichkeit von Anfang an entweder, falls er zutrifft, eine unbedingte, oder, falls er nicht zutrifft, überhaupt keine Aeußerung jenes Willens. Ist dagegen der entscheidende Umstand ein noch nicht entschiedener, so ist die Willensäußerung eine bedingte oder eine solche, deren Existenz von der späteren Erfüllung der Bedingung abhängt. Im Gegensatze zur wirklichen Bedingung läßt die von

vornherein entschiedene sich als Voraussetzung bezeichnen. Wenn dagegen von einer solchen auch gesprochen wird in Beziehung theils auf als gewiß vorausgesetzte theils auf zukünftige Umstände, so umfaßt in diesem weiten Sinne irgend einer den Handelnden bestimmenden Annahme die Bezeichnung der Voraussetzung sowohl Dinge von verschiedener rechtlicher Bedeutung als auch Dinge ohne rechtliche Bedeutung.

**Anmerkung 1.** Daß die Bedeutung des Zwanges und des Irrthums eine ausnahmsweise Bedeutung des sonst für die Geltung der Willensäußerung gleichgültigen Bestimmungsgrundes ist, schließt die Annahme aus, daß in den Fällen derselben eine wirkliche Willensäußerung nicht vorliege, keineswegs dagegen die davon verschiedene Annahme eines in einem bestimmten Sinne unfreien Willens. Für den Fall des Zwanges unterscheidet Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 1421) mit Recht „die Freiheit, welche mit dem Willen an sich identisch ist und also selbst in Unterwerfung bestehen kann" und die durch den Zwang ausgeschlossene „Freiheit im Grunde der Handlung". Diese fehlt aber auch im Falle des Irrthums. Wie der Zwang mich zu einer Handlung bestimmt, die ich unterließe, wenn ich mein eigener Herr wäre, so bestimmt der Irrthum mich zu einer Handlung, die ich im Falle richtiger Erkenntniß der Sachlage unterließe. Die Verwandtschaft beider Fälle kommt zum Ausdrucke in der für beide Fälle zutreffenden Bezeichnung des Willensmangels oder Willensfehlers, d. i. eines mangelhaften oder fehlerhaften Willens, welcher dagegen nicht vorliegt in den vom B. G.-Entw. mit unter jener Bezeichnung behandelten Fällen des Scheingeschäftes und der reservatio mentalis. Vgl. auch Lassalle, Syst. der erworb. Rechte 1, S. 89—118.

**Anmerkung 2.** Nichts anderes als eine Annahme, ohne welche ich die Handlung nicht vollzöge, bedeutet es, wenn ich meine Handlung bezeichne als eine unter einer bestimmten Voraussetzung erfolgende. Eine solche erlangt nicht schon rechtliche Bedeutung durch ihre Kundgebung. Wenn ich auch erklärtermaßen nur deshalb meine Wohnung kündige, weil ich nach einem anderen Orte versetzt bin oder versetzt werde, so ist doch die Geltung dieser Kündigung unabhängig von der wirklichen Existenz der zu ihr mich bestimmenden Versetzung. Handle ich dagegen mit dem Bewußtsein der Ungewißheit eines für mich entscheidenden Umstandes, so kann ich diesen zur Bedingung meines Handelns erheben. Ist er ein schon entschiedener, so ist die Bedingung eine uneigentliche und die vollzogene Handlung, falls er zutrifft, ein vollendeter, andernfalls dagegen überhaupt kein Rechtsact. Ist jener Umstand ein noch nicht entschiedener, so liegt eine eigentliche Bedingung vor und ist vermöge dieser der Rechtsact ein bedingter. Ist die Erwartung eines zukünftigen Umstandes nicht zur Bedingung erhoben, so kann sie doch kundgegeben sein als eine sei es zu

ihrer Erfüllung oder doch im Falle ihrer Vereitelung zur Restitution verpflichtende, so daß mit der in jener Erwartung erfolgten Leistung entweder die unbedingte Forderung einer anderweitigen Leistung oder doch die bedingte Forderung der Rückerstattung sich verbindet. So hat die Voraussetzung theils überhaupt keine rechtliche Bedeutung, theils diejenige des Irrthums, theils diejenige einer eigentlichen oder uneigentlichen Bedingung, theils endlich die Bedeutung einer Obligirung. Ein einheitlicher Rechtsbegriff der Voraussetzung existirt daher nicht, wie gegen Windscheid, Die Lehre des R. R. von der Vorauss. 1851 schon betont hat Böcking, Pand. d. R. P.-R. I. 2. Aufl. 1853 S. 388, sowie neuerdings namentlich Lenel, Arch. f. c. Pr. 174 S. 213 ff. und Bekker, Pand. § 119. Wenn Windscheid die Voraussetzung eine „unentwickelte Bedingung" nennt, so ist diese Bezeichnung ohne faßbare Bedeutung; entweder ist die Voraussetzung als Bedingung keine unentwickelte oder ist sie als eine nur obligirende in keinem Sinne eine Bedingung der unter der Voraussetzung vollzogenen Willensäußerung.

**Anmerkung 3.** Einen Bestimmungsgrund bezeichnet auch die Bedingung, unter welcher ein Rechtsact vollzogen wird, jedoch im Gegensatze zu anderen einen solchen, dessen Zutreffen zur Existenzbedingung der Willensäußerung erhoben ist. Von Bedeutung für die Existenz einer Willensäußerung ist ihr Bestimmungsgrund theils von Rechtswegen als ein die Freiheit des Willens beeinträchtigender, theils durch den Willen des Handelnden als ein zur Bedingung erhobener.

## b) Die Willensmängel.

### α) Der Zwang.

D. quod metus causa gestum erit 4, 2.

### § 44.

Wer einen Rechtsact lediglich deshalb vollzieht, weil ein anderer seine Vollziehung von ihm fordert, der unterwirft in der fraglichen Beziehung den eigenen Willen einem fremden. Er thut dies freiwillig, wenn er aus Pflichtgefühl, aus Neigung oder aus Gründen der Zweckmäßigkeit das Bedürfniß der Uebereinstimmung des eigenen Verhaltens mit dem Willen des anderen fühlt; er thut es unfreiwillig oder gezwungen, wenn die Nothwendigkeit jener Uebereinstimmung ihren Grund in der Uebermacht des anderen hat. Ist durch diese mein Verhalten physisch erzwungen, so ist es überhaupt keine Handlung; dagegen ist dasjenige Verhalten, zu welchem mich

ein anderer psychisch zwingt, weil meine Unterwerfung das einzige Mittel ist, um einer Verletzung durch seine Uebermacht zu entgehen, eine wirkliche Aeußerung meines Willens, welcher aber ein unfreier ist im Sinne eines durch einen fremden Willen aus keinem anderen Grunde als demjenigen der fremden Uebermacht bestimmten. Der physische und der psychische Zwang oder die sog. vis absoluta und die sog. vis compulsiva sind unter Umständen schwer von einander zu unterscheiden. So kann die durch fremde Führung meiner widerstrebenden Hand zu Stande gekommene Unterschrift sowohl ausschließlich auf physischem als auch auf psychischem Zwange beruhen, dessen Mittel der physische war als ein mich zum Nachgeben bestimmender[1]). Die erzwungene Willensäußerung, welche nach ius civile trotz des Zwanges zu Recht bestand, ist nach prätorischem Rechte eine ungültige im Sinne einer nicht zu Ungunsten des Gezwungenen zu Recht bestehenden[2]). Eine unmittelbare war diese Ungültigkeit im Falle eines dem ius civile überhaupt nicht angehörenden Rechtsactes; dagegen war die prätorische Ungültigkeit des Rechtsactes als eines nach ius civile gültigen im Falle der Rechtsbegründung durch die prätorische, jede Geltendmachung des fraglichen Rechtes ausschließende, exceptio metus, im Falle der Aufhebung eines Rechtes durch die prätorische, seine fortdauernde Geltendmachung ermöglichende, in integrum restitutio vermittelt. Im Falle eines in der doppelten Gestalt des ius civile und des ius honorarium existirenden Rechtes verband sich mit seiner civilrechtlichen Entstehung oder Aufhebung der Ausschluß oder die Fortdauer seiner prätorischen Existenz.

Außer der Ungültigkeit der erzwungenen Handlung begründet der Zwang eine Ersatzforderung (die actio quod metus causa) des Gezwungenen gegen den Schuldigen auf Leistung seines vollen

---

[1]) Mit Recht betont B. Schilling (Aphorismen zum B. G.-Entw. S. 44 f.), daß nicht nur die vom B. G.-Entw. § 103 allein genannte Drohung, sondern auch die unmittelbare Anwendung physischen Zwanges ein Mittel psychischen Zwanges ist; sie ist ein solches unabhängig davon, ob sie eine Drohung in sich enthält; handle ich, um von einer zum Zwecke des Zwanges stattfindenden Einwirkung auf meinen Körper mich zu befreien, so handle ich auch dann gezwungen, wenn mich nicht die Furcht vor ihrer mir drohenden Fortsetzung, sondern lediglich die Unerträglichkeit der gegenwärtigen Einwirkung bestimmt.

[2]) L. 1 D. h. t.

Interesses und gegen Dritte auf Rückerstattung des auf seine Kosten gemachten Gewinnes [3]).

Ein rechtswidriger Zwang liegt nicht vor im Falle einer solchen Einwirkung auf den fremden Willen, welche entweder eine zwingende, aber nicht rechtswidrige, oder zwar eine rechtswidrige, aber nicht eine zwingende war. Ein rechtmäßiger ist der von Rechtswegen mir zustehende Zwang, wenn ich desselben mich nicht zu einem anderen Zwecke als demjenigen bediene, um dessen willen er mir zusteht. Die rechtswidrige Einwirkung auf den fremden Willen war keine zwingende, wenn der andere ohne Noth sich durch sie bestimmen ließ, weil entweder das durch seine Unterwerfung abgewendete Uebel ein unerhebliches oder dessen Abwendung ohne jene Unterwerfung möglich war [4]). Es liegt aber hier, wenn auch keine vis, so doch dolus vor, welcher zwar nicht im Verhältnisse zu Dritten, aber gegenüber dem Schuldigen die Geltung der Handlung ausschließt und eine Ersatzforderung begründet.

**Anmerkung.** Daß der psychische Zwang die Existenz einer wirklichen Willensäußerung nicht ausschließt, hat schon Paulus (l. 21 § 5 h. t.) hervorgehoben. Unrichtig ist es aber, wenn Savigny (Syst. 3 S. 102) dem Gezwungenen die Wahl zwischen den drei Möglichkeiten zuschreibt, das fragliche Uebel zu erdulden und entweder durch Unterwerfung oder durch Widerstand abzuwehren; schließt doch der Zwang die Aussicht auf erfolgreichen Widerstand aus. Er ist denn auch von rechtlicher Bedeutung nicht nur, wie S. meint, als „eine in das Rechtsgebiet störend eingreifende Unsittlichkeit", und die Aufgabe des Rechtes ihm gegenüber läßt sich nicht darauf beschränken „diese Unsittlichkeit durch positive Gegenwirkung von dem Rechtsgebiet abzuwehren". Zwar findet S. „genau diese Aufgabe . . . . im römischen Rechte deutlich anerkannt", aber die Bedeutung des Zwanges im römischen Rechte beruht nicht auf juristischer Deduction aus dem Principe rechtlicher Gegenwirkung gegen Unsittlichkeit, sondern auf positiven Bestimmungen des prätorischen Edictes, und diese erschöpfen sich nicht in der Anordnung einer „Gegenwirkung"; vielmehr statuirte der Prätor den Grundsatz: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo (l. 1 D. h. t.). Daraus ergab sich für Handlungen, welche ihre rechtliche Geltung dem Prätor verdanken, deren unmittelbare Verneinung, wogegen bei einem

---

[3]) Die auf der Fassung der formula beruhende Bezeichnung der actio quod metus causa als in rem scripta (l. 9 § 8 D. h. t.) ändert nichts an ihrer Natur als in personam actio; gegen den Schuldigen ist sie eine Delictsforderung, gegen Dritte eine condictio sine causa.

[4]) L. 3 sqq. D. h. t.

nach ius civile gültigen Rechtsacte jene Verneinung im Falle der Rechtsbegründung die Form der exceptio und im Falle der Rechtsaufhebung die Form der in integrum restitutio oder der fortdauernden Gewährung der nach ius civile erloschenen actio annahm, falls nicht das aufgehobene Recht zugleich ein prätorisches war, so daß es als ein solches unmittelbar fortbestand. Mit Unrecht betrachtet man die Restituirung der durch einen erzwungenen Rechtsact untergegangenen actio als eine innerhalb der Restitutionsfrist nachzusuchende. Die Erklärung des Prätors, jenen nicht gelten zu lassen, verheißt schlechthin die Behandlung des durch ihn aufgegebenen Rechtes als eines trotz seines civilen Unterganges fortbestehenden, und wenn Ulpian aus dem ratum non habebo des Edictes die Folgerung ableitet, daß der Gezwungene per hoc edictum restituitur (l. 3 pr. h. t.), so kann er damit nur eine durch das Edict unmittelbar gewährte und nicht eine nur für den Fall ihrer Erbittung innerhalb der Restitutionsfrist in Aussicht gestellte Restitution meinen. Von der durch das Edict gewährten Restitution ist zu unterscheiden die durch die actio quod metus causa geforderte, welche gleichfalls auf dem prätorischen Edicte beruht, aber, wie Gradenwitz (Die Nichtigk. obligatorischer Rechtsgeschäfte 1887) mit Recht hervorhebt, älter ist als jene. Indem durch die actio quod metus causa insbesondere die Vollziehung eines die Rechtsfolge der erzwungenen Handlung aufhebenden Rechtsactes gefordert werden konnte (l. 9 § 7 D. h. t.), so kann erst nach ihrer Einführung die prätorische Ungültigkeit der erzwungenen Handlung statuirt worden sein. Als eine einseitige oder nur zu Gunsten des Gezwungenen bestehende erweist sich diese Ungültigkeit sowohl durch ihren Grund als durch ihre Form. Die Verschiedenheit dieser berührt Ulpian in l. 9 § 4 D. h. t. mit den Worten: volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa accepti latione vel alia liberatione. Als eine unter Rescission des Rechtsactes gewährte bezeichnet er nicht (wie Bechmann, Kauf 2 S. 315 Anm. meint) die in rem, sondern nur die in personam actio, weil wegen der prätorischen Ungültigkeit der Verfügung die Publiciana in rem actio ihre Geltung unmittelbar behält. Demgemäß heißt es in § 6: in rem actionem dandam quia res in bonis est eius qui vim passus est. In l. 21 § 1 h. t. geht Paulus ausdrücklich davon aus, daß den erzwungenen Rechtsact nullo tempore praetor ratum habebit. Für den Fall der dos metu promissa erklärt er (§ 3): non puto nasci obligationem, quia est verissimum nec talem promissionem dotis ullam esse. Eine andere als die prätorische Ungültigkeit der promissio meint er damit nicht, und wenn er den Ausschluß der obligatio als einen mit dieser Ungültigkeit nicht identischen und immerhin nicht unumgänglich aus ihr folgenden bezeichnet (non puto nasci obligationem), so denkt er nicht an die durch die promissio übernommene Verpflichtung, sondern an die durch sie begründete Forderung, indem er meint, daß trotz ihrer nur prätorischen Ungültigkeit die promissio als eine des Charakters der dotis promissio ermangelnde ipso iure eine dotis obligatio

nicht begründe, wie er auch in l. 40 D. de reb. cred. 12, 1 annimmt, daß die prätorische Ungültigkeit der Hauptschuld ipso iure die Existenz einer Zinsschuld ausschließe. In § 4 fragt Paulus: si metu coactus sim ab emtione locatione discedere . . an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi. Er entscheidet sich, wie er bei der civilrechtlichen Gültigkeit des contrarius consensus muß, für die Analogie der acceptilatio mit der Folgerung et ideo praetoria actio nascitur, wodurch er stillschweigend die andere sich darbietende Analogie des der civilrechtlichen Geltung entbehrenden pactum de non petendo verwirft. In § 5 erklärt Paulus von dem erzwungenen wegen der civilrechtlichen Gleichgültigkeit des Zwanges mich zum heres machenden Erbschaftsantritte: per praetorem restituendus sum ut abstinendi mihi potestas tribuatur, was nichts anderes bedeutet als die prätorische Behandlung des nach ius civile durch meine Antretung veränderten Rechtszustandes als eines unveränderten. Für den Fall der erzwungenen Ausschlagung einer Erbschaft hebt Paulus in § 6 hervor, daß ich die Wahl habe, trotz derselben als einer nach prätorischem Rechte ungültigen die bonorum possessio anzutreten oder den Ersatz des durch dieselbe als eine civilrechtlich gültige mir erwachsenen Schadens zu fordern. Keinen erzwungenen Erbschaftsantritt behandelt Ulpian in l. 6 § 7 D. de adq. her. 29, 2. Wer metu verborum vel aliquo timore (verberum vel alio quo timore?) fallens adierit hereditatem, ist ein solcher, dessen Verhalten zwar durch Furcht, aber nicht nothwendig durch fremde Willkür beeinflußt ist. Handelt er fallens, so verleugnet er den von ihm gehegten Willen, indem er anstatt desselben einen anderen heuchelt, so daß jener ein aus Furcht nicht wirklich geäußerter, also auch nicht zu Recht bestehender ist. Der einzige Rechtsact, dessen Existenz schon das ius civile im Falle des Zwanges verneinte, war die Eheschließung, deren Ungültigkeit als einer wirklich erzwungenen Celsus in l. 22 D. de ritu nupt. 23, 2 bezeugt, wenn er die Gültigkeit der patre cogente eingegangenen Ehe mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß die Ehe inter invitos non contrahitur, und mit der Begründung statuirt, daß maluisse hoc videtur. — Daß das erzwungene Testament in Gemäßheit des allgemeinen Grundsatzes von der prätorischen Ungültigkeit der erzwungenen Rechtsacte zur hereditas, aber nicht zur bonorum possessio berief, zeigt Lenel, Zsch. f. Rechtsgesch. 23 S. 71 ff.

Für das heutige Recht hat es keine Bedeutung mehr, daß die Ungültigkeit des erzwungenen Rechtsactes nur eine prätorische war. Daß man vielfach anstatt seiner einseitigen Nichtigkeit seine bloße Anfechtbarkeit behauptet, hängt mit der irrthümlichen Annahme zusammen, als wäre jede im römischen Rechte eine exceptio begründende Ungültigkeit eine bloße Anfechtbarkeit. Daß in den Quellen der erzwungene Rechtsact theils als gültig, theils als ungültig uns entgegentritt, beruht auf Meinungsverschiedenheit der Juristen nach Schliemann, Die Lehre vom Zwange 1861, auf der Verschiedenheit der Fälle nach Brinz, Pand. 1. Aufl. § 320 ff., auf dem Gegensatze von ius und aequitas nach Schloß-

mann, Die Lehre vom Zwang 1874; den Gegensatz des ius civile und ius honorarium hat als entscheidend erwiesen Czyhlarz in Ihering's Jahrb. 13 S. 1 ff. Die neueste Bearbeitung ist die von Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte 1887, welcher aber gleich anderen nicht genügend die Ungültigkeit des erzwungenen Rechtsactes von der durch den Zwang begründeten Forderung unterscheidet.

Der B. G.-Entw. erklärt (§ 103) die Willenserklärung, zu deren Abgabe ich durch widerrechtliche Drohung bestimmt worden bin, für anfechtbar, ohne diese Anfechtbarkeit im Falle einer nicht zwingenden Drohung auf das Verhältniß zum Schuldigen zu beschränken. Habe ich aber durch meine besondere individuelle Furchtsamkeit mich bestimmen lassen, so ist die Unfreiheit meines Willens derjenigen gleichartig, welche ein unentschuldbarer Irrthum begründet, und dieser Umstand darf zwar demjenigen gegenüber nicht in Betracht kommen, welcher meiner Furchtsamkeit zur Bestimmung meines Willens sich bedient hat; dagegen ist es ungerechtfertigt und inconsequent, im Verhältnisse zu Dritten zwar die Berufung auf einen unentschuldbaren Irrthum auszuschließen, aber die Berufung auf eine nur durch meine individuelle Furchtsamkeit mich bestimmende Drohung zuzulassen. Der Entw. beschränkt aber (§ 104) die Anfechtung wegen Drohung auf ein Jahr, seitdem „die Zwangslage aufgehört hat". Abgesehen von der Unsicherheit dieses Anfangspunktes ist es ungerechtfertigt, dem Gezwungenen zur Abwendung der Gültigkeit seiner Handlung ein actives Vorgehen zuzumuthen, anstatt ihm zu gestatten, daß er den Versuch ihrer Geltendmachung abwartet und demselben durch Berufung auf den Zwang entgegentritt. Besonders ungerecht ist diese Behandlung im Verhältnisse zum Schuldigen, und es ist ein auffallender Widerspruch, daß selbst diesem gegenüber die Ungültigkeit des erzwungenen Rechtsactes durch seine Anfechtung binnen bestimmter Frist bedingt sein soll, während sie im Falle des wesentlichen Irrthums eine unbedingte ist und der redlichen Gegenpartei zu beliebig später Zeit entgegengehalten werden kann.

### β) Der Irrthum.

D. de iuris et facti ignorantia 22, 6.

### § 45.

Abgesehen von dem Falle des durch einen anderen absichtlich Getäuschten erfährt der Irrthum rechtliche Berücksichtigung nur als ein entschuldbarer[1]) oder nicht auf ungewöhnlicher Un-

[1]) Entschuldbar ist jeder der Entschuldigung fähige und nicht etwa nur der schlechthin unverschuldete Irrthum, daher vom Standpunkte des die Individualität ignorirenden Privatrechtes der Irrthum non deperditi et nimium securi hominis (l. 3 D. h. t.) oder der nicht auf negligentia crassa (l. 6 eod.), oder summa negligentia (l. 9 § 2 eod.), also nicht auf lata culpa (§ 59) beruhende.

achtsamkeit beruhender und als ein wesentlicher oder nach Maßgabe des Inhaltes der vollzogenen Willensäußerung für ihre Vollziehung unabhängig von der besonderen Individualität des Handelnden und den besonderen Umständen des Falles entscheidender[2]).

Bezüglich der Entschuldbarkeit besteht ein Unterschied zwischen einem auf Unkenntniß des Rechtes beruhenden und einem sonstigen Irrthume[3]). Jener ist in der Regel unentschuldbar, weil es unentschuldbar ist, Rechtsacte, deren Tragweite man nicht übersieht, ohne Einholung von Rechtsbelehrung zu vollziehen. Entschuldbar ist der Rechtsirrthum desjenigen, dem Rechtsbelehrung nicht zugänglich war[4]) und außerdem der Rechtsirrthum der Minderjährigen, ferner in bestimmten Fällen der Frauen und Soldaten sowie vereinzelt jeder Irrthum von Personen ohne Bildung und Erfahrung[5]).

---

[2]) Auch der Wesentlichkeit bedarf jeder Irrthum, um rechtliche Berücksichtigung zu finden; ein vom Rechte ohne weiteres berücksichtigter Irrthum ist kraft Rechtsbestimmung ohne weiteres wesentlich. Im Gegensatze zur Entschuldbarkeit ist die Wesentlichkeit unabhängig nicht nur von der Individualität des Handelnden, sondern auch von den sonstigen Besonderheiten des einzelnen Falles, indem sie vorliegt, wenn unabhängig von diesen nach der Annahme des Lebens oder des Rechtes die Handlung ohne den Irrthum unterblieben wäre. Eine Ausnahme erleidet der Grundsatz der Ignorirung der Individualiät und damit das Erforderniß sowohl der Entschuldbarkeit als der von den individuellen Verhältnissen des Irrenden unabhängigen Wesentlichkeit des Irrthums bei letztwilligen Verfügungen (l. 72 § 6 D. de cond. 35, 1).

[3]) Man streitet darüber, ob die irrige Subsumtion gegebener und richtig erkannter Thatsachen unter die richtig erkannten Bestimmungen des Rechtes ein error iuris oder facti sei. Zur Kenntniß des Rechtes gehört aber nicht nur die Kenntniß seiner einzelnen Bestimmungen, sondern auch die Kenntniß der aus ihnen und ihrer Vereinigung zu einem Ganzen sich ergebenden Consequenzen, und eine Unkenntniß dieser liegt im Falle des sog. Subsumtionsirrthums vor.

[4]) L. 9 § 3 D. h. t. Dasselbe gilt vom Falle erhaltener irriger Belehrung, wenn sie von einer Person ausging, welcher der Irrende die erforderliche Rechtskunde zutrauen durfte; dagegen nicht, wie Savigny (Syst. 3, 336 ff.) annimmt, von jedem Falle schwer erkennbaren (weil z. B. controversen oder particularen) Rechtes. Wer seine Unsicherheit durch eigene Wissenschaft oder erhaltene Belehrung kennt, der handelt auf die Gefahr hin, daß nach Verschiedenheit seines Inhaltes die Bedeutung der vollzogenen Handlung eine verschiedene ist.

[5]) L. 9 pr. § 1 D. h. t. L. 22 pr. C. de iur. delib. 6, 30. Wenn als Entschuldigungsgrund mehrfach rusticitas begegnet (l. 1 § 5 D. de edendo 2, 13. L. 2 § 1 D. si quis in ius voc. 2, 5; L. 8 C. qui admitti 6, 9) und insbesondere nach der (wohl interpolirten) l. 25 § 1 D. de prob. 22, 3 bei der indebiti condictio von jedem Nachweise des Irrthums frei ist agricultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens vel desidiae deditus, so entspricht die

Auch der unentschuldbare Rechtsirrthum wird aber nicht berücksichtigt, wenn durch seine Berücksichtigung dem Irrenden ein Vortheil zukäme, von welchem er als ein des Rechtes Kundiger ausgeschlossen wäre[6]).

Der Irrthum hat rechtliche Bedeutung theils als solcher, theils als Kennzeichen der Existenz oder Abwesenheit eines anderen Umstandes von rechtlicher Bedeutung. So ist im Falle der Zahlung eines indebitum der animus solvendi bedingt durch die irrthümliche Annahme einer bestehenden Schuld, und ebenso ist die zur bonae fidei possessio erforderliche Redlichkeit in der Regel durch einen Irrthum bedingt. Wenn dagegen der Irrthum der Gegenpartei die exceptio senatusconsulti Velleiani und Macedoniani ausschließt, so wird hier die sonst jene exceptio begründende Rücksicht auf den Schuldner aufgewogen durch die Rücksicht auf den Irrthum des Gläubigers als einen solchen, durch welchen er nicht zu Schaden kommen soll. Dieselbe Berücksichtigung des Irrthums als solchen greift Platz im Falle einer wegen Irrthums ungültigen Willensäußerung. Durch die Unkenntniß ihres Inhaltes wird ihre Existenz nicht ausgeschlossen; vielmehr kann ich eine Willensäußerung auch vollziehen durch Aneignung eines gegebenen,

---

Berücksichtigung des Standes oder Berufes des Irrenden allgemeinen Grundsätzen, da die Frage nach der Ungewöhnlichkeit der vorliegenden Unachtsamkeit sich nicht beantworten läßt ohne Rücksicht auf die Gewohnheiten der Gesellschaftsclasse, welcher der Irrende angehört. Dagegen ist singulär und auf die Fälle, für welche sie besonders statuirt ist, zu beschränken die Rücksicht auf den individuellen Mangel an Bildung oder Erfahrung und vollends auf die individuelle Einfalt oder Trägheit, welche eine sowohl principwidrige als praktisch höchst bedenkliche Ausnahme von der Regel der Ignorirung der Individualität bildet.

[6]) Diesen Grundsatz bezeugt Papinian vielleicht in der auch anderer Deutung fähigen l. 7 und sicher in l. 8 D. h. t. und mit Unrecht behauptet Savigny (Syst. III S. 144 ff.) seine Undurchführbarkeit; entscheidend ist nicht sowohl der einer festen Abgrenzung unfähige Unterschied des vermiedenen Schadens und des positiven Gewinnes als die Frage, ob durch die Berücksichtigung des Irrthums ein Vortheil erlangt würde, welcher ohne denselben nicht eingetreten wäre. Wer aus Irrthum gezahlt hat, der hätte ohne denselben das Gezahlte behalten, bekommt also durch seine Berücksichtigung nichts, was er nicht auch ohne den Irrthum hätte. Wer aus Irrthum die Sache eines Dritten gekauft hat, der hätte ohne denselben ihr Eigenthum nicht erwerben können und ist daher im Falle des Rechtsirrthums von ihrem Erwerbe ausgeschlossen. Daß Papinian an den Fall des entschuldbaren Irrthums denkt, zeigt der Umstand, daß l. 8 sonst jede Besonderheit des weiblichen Geschlechtes bezüglich des Irrthums verneinen würde.

aber mir nicht bekannten Inhaltes. Ist aber dieser Inhalt ein solcher, welchen ich zu kennen glaubte, so besteht im Falle der Entschuldbarkeit und Wesentlichkeit meines Irrthums meine Willensäußerung nicht zu meinen Ungunsten zu Recht.

Indem die Willensäußerung durch ein bestimmtes äußeres Verhalten sich vollzieht, welchem eine bestimmte Bedeutung theils für sich theils dadurch zukommt, daß es auf ein bestimmtes Object sich bezieht, so kann Object des Irrthums das beobachtete äußere Verhalten, die für sich ihm zukommende Bedeutung oder das Object sein, auf welches es sich bezieht.

Mein äußeres Verhalten ist ein Object meines Irrthums, wenn ich ein bestimmtes Verhalten zu beobachten mich entschlossen hatte und bei der Ausführung dieses Entschlusses ein Versehen begehe, welches meiner Wahrnehmung entgeht, so daß ich ein anderes Verhalten beobachte als dasjenige, welches ich zu beobachten glaube.

Die für sich meinem Verhalten zukommende Bedeutung ist ein Object meines Irrthums, wenn ich den von mir vollzogenen Worten oder sonstigen Zeichen einen anderen als den nach der Sitte des Lebens oder der Vorschrift des Rechtes ihnen zukommenden Sinn zuschreibe[7]).

Ueberall da sodann, wo mein Verhalten auf ein gegebenes Object sich bezieht, kann dieses ein Object meines Irrthums sein. Ein solches gegebenes Object ist der eigene Inhalt des geäußerten Willens, wenn die Willensäußerung durch Bezugnahme auf einen schon vor ihrer Vollziehung fixirten Inhalt erfolgt. Hierher gehört jeder Fall der Vollziehung einer Willensäußerung durch Unterschrift oder Aushändigung eines Schriftstückes, durch welche ich seinen Inhalt mir aneigne[8]). Ebenso gehört hierher jede Annahme eines falsch verstandenen Vertragsantrages, da ich durch die Annahme auf einen gegebenen Antrag mich beziehe und seinen Inhalt mir aneigne[9]).

Außer dem unmittelbaren Inhalte des geäußerten Willens kann Object meines Irrthums die bestimmte Person oder Sache

---

[7]) Dieser Fall des Irrthums ist nur bei Willens*erklärungen* möglich, während die anderen Fälle auch bei realen Willensäußerungen vorkommen. Er ist erwähnt in l. 3 D. de reb. dub. 34, 5. l. 4 pr. D. de leg. I (30).

[8]) L. 5 C. plus valere 4, 22. l. 10 C. de don. 8, 53.

[9]) L. 52 D. loc. 19, 2.

sein, auf welche jener Inhalt sich bezieht. Es macht hierfür keinen Unterschied, ob ich die Person oder Sache, bezüglich welcher ich handle, als eine anwesende durch unmittelbare Hindeutung, Berührung oder Anrede oder als eine abwesende durch ein beliebiges von allen anderen Personen oder Sachen sie unterscheidendes Merkmal bezeichne. Im einen wie im anderen Falle ist das wirkliche Object des geäußerten Willens kein anderes als die wirklich bezeichnete, also insbesondere im zweiten Falle die durch das genannte Merkmal von allen anderen sich unterscheidende Person oder Sache; existirt eine solche nicht, weil jenes Merkmal entweder bei keiner Person oder Sache oder bei verschiedenen zutrifft, so ist eine Willensäußerung nicht zu Stande gekommen. Diejenige Person oder Sache, bezüglich welcher ich handle, und diejenige, bezüglich welcher ich zu handeln glaube, sind hier zwar in Ansehung des zu ihrer Bezeichnung verwendeten Merkmales mit einander identisch, aber in Ansehung eines anderen Merkmales von einander verschieden. Zwar sind durch jenes Merkmal als ein die Person oder Sache individualisirendes zugleich ihre übrigen Merkmale gegeben; indem aber die in Wirklichkeit dadurch gegebenen Merkmale andere sind als die vermöge meines Irrthums für meine Vorstellung bestehenden, so deckt sich das von mir angenommene nicht mit dem wirklichen Objecte meiner Handlung[10]).

Daß der Irrthum über die Beschaffenheit der Person oder Sache, bezüglich welcher ich handle, nicht ohne weiteres, sondern nur dann ein wesentlicher ist, wenn er einen in Gemäßheit des Inhaltes der Willensäußerung für ihre Vollziehung entscheidenden Punkt betrifft, das hat er mit jedem anderen Irrthume gemein. Daß ich mich versprochen oder verschrieben habe, ist gleichgültig, wenn dadurch der Inhalt der vollzogenen Willensäußerung kein anderer geworden ist. Ebenso ist die Verschiedenheit der wirklichen und der von mir angenommenen Bedeutung des von mir vollzogenen Zeichens gleichgültig, wenn sie keine Verschiedenheit des Inhaltes der Willensäußerung begründet. Dasselbe gilt, wenn ich anstatt des Schriftstückes, welches ich unterschreiben wollte, ein anderes, dessen Inhalt der gleiche ist, unterschrieben habe. Wenn vielfach dem Irrthume über die Beschaffenheit des Objectes der

---

[10]) L. 9 pr. D. de her. inst. 28, 5.

Handlung der Irrthum über seine Identität als ein ohne weiteres wesentlicher entgegengesetzt wird, so ist in Wirklichkeit diese gleich jeder anderen Eigenschaft des Objectes je nach Umständen wesentlich oder gleichgültig. Daß die von mir gekaufte Sache nicht mit einer anderen identisch ist, die ich zu kaufen mich entschlossen habe, ist für sich ohne Bedeutung, wogegen die Identität einer Sache wesentlich ist, deren Bedeutung auf einer historischen Beziehung, z. B. auf ihrer Benützung durch eine bestimmte Person oder bei einem bestimmten Ereignisse, beruht. Ebenso ist die Identität der Person, bezüglich welcher ich handle, nur für solche Rechtsacte wesentlich, für welche nach Maßgabe ihres Inhaltes die historischen Beziehungen der Angehörigkeit zu einer bestimmten Familie, des bestimmten Lebensganges u. s. w. entscheidend zu sein pflegen.

Begründet der Irrthum nur eine theilweise Verschiedenheit des wirklichen und des vom Handelnden angenommenen Inhaltes der Willensäußerung, so ist zu unterscheiden. Der Irrthum über ihren principalen Inhalt schließt auch die Geltung ihres accessorischen Inhaltes aus, wogegen der Irrthum über diesen die Geltung ihres principalen Inhaltes nicht berührt. Vereinigen die verschiedenen Theile des geäußerten Willens sich zu einem Ganzen, für welches ihre Coexistenz wesentlich ist, so ist die Ungültigkeit der Willensäußerung eine totale. Zerfällt dagegen ihr Inhalt in eine Mehrheit von einander unabhängiger Inhalte, so ist ihre Ungültigkeit eine partielle [11]).

Die Ungültigkeit der Willensäußerung erleidet als eine trotz ihrer wirklichen Vollziehung aus Rücksicht auf den Irrenden statuirte eine Einschränkung durch die Rücksicht auf andere Personen, welche nicht zu Schaden kommen sollen durch die ihnen gegenüber vollzogene Willensäußerung, so daß ihnen der Irrende den Ersatz der auf Grund derselben umsonst gemachten Aufwendungen schuldet.

---

[11]) In l. 34 pr. D. de contr. emt. sagt Paulus, wenn in emtione fundi bestimmt sei, accedere Stichum servum und jede Partei einen anderen meine, so eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit; dieser ist der auf dem Gute befindliche Stichus, welchen der Verkäufer beim Verkaufe drein gegeben hat, während der Käufer seine Erklärung irrthümlich auf einen anderen vielleicht früher dort gewesenen Stichus bezog; auf jenen erstreckt sich der Vertrag trotz des Irrthums des Käufers, weil dieser lieber anstatt des von ihm gemeinten Sclaven einen anderen drein bekommt als gar keinen.

**Anmerkung 1.** Als Hauptfall desjenigen Irrthums, welcher von rechtlicher Bedeutung nicht als solcher, sondern als Kennzeichen eines anderen Umstandes ist, gilt seit Savigny (Syst. § 135 ff.) mein Irrthum über den Inhalt der von mir vollzogenen Willensäußerung. Diese Auffassung wäre unbestreitbar, wenn die Existenz jeder Willensäußerung bedingt wäre durch die Kenntniß ihres Inhaltes. Unzweifelhaft kann ich aber eine Willenserklärung in bewußter Unkenntniß ihres Inhaltes vollziehen z. B. durch Unterschreiben einer Urkunde, von welcher ich weiß, daß sie eine Willenserklärung enthält, um deren Inhalt ich mich aber nicht kümmere. Für die Gültigkeit der so vollzogenen Willenserklärung macht es keinen Unterschied, ob ich über ihren Inhalt mir überhaupt keine Vorstellung bilde oder ob ich eine solche mit dem Bewußtsein ihrer nicht gesicherten Richtigkeit hege; unterschreibe ich eine Verpflichtungsurkunde ungelesen im Vertrauen darauf, daß ihr Inhalt ein bestimmtes Maß nicht übersteigen werde, so habe ich bewußt der Gefahr einer weitergehenden Verpflichtung mich ausgesetzt, und diesem Falle steht der andere gleich, daß ich aus unentschuldbarem Irrthume den Inhalt der von mir vollzogenen Willenserklärung zu kennen glaube. Es schließt also nicht die Unkenntniß ihres Inhaltes als solche, sondern die Verschiedenheit ihres wirklichen Inhaltes von dem aus entschuldbarem Irrthume angenommenen die Geltung der Willensäußerung aus, und diese ist gleich der erzwungenen Willensäußerung eine wirklich vollzogene, aber mit Rücksicht auf den Grund ihrer Vollziehung der rechtlichen Geltung entbehrende. Darum ist auch ihre Ungültigkeit eine nur zu Gunsten des Irrenden statuirte, was durch das Schweigen der Quellen über diesen Punkt um so weniger ausgeschlossen wird, da diese zu einer scharfen Unterscheidung verschiedener Arten der Ungültigkeit nicht gelangt sind. Daher endlich die Ersatzpflicht des Irrenden, da ihm sonst wegen der Entschuldbarkeit seines Irrthums auf Kosten Dritter durch seine Willensäußerung Geschädigter geholfen würde; auch diese Ersatzpflicht ist nicht ausgeschlossen durch das Schweigen der Quellen, welche auch sonst vielfach einen in Ansehung seines unmittelbaren Inhaltes ungültigen, aber eine Ersatzpflicht begründenden Rechtsact als schlechthin nichtig bezeichnen.

**Anmerkung 2.** Gegen Savigny hat Brinz (Pand. 1. Aufl., § 313 ff.) und im Anschlusse an diesen der Verf. (Kr. Vjschr. 14, S. 561 ff.) ausgeführt, daß zwar der Irrthum nie den Willen ausschließe, daß dies aber gelte von anderen unter den Begriff des error fallenden Umständen, so vom Falle des aus Zerstreutheit sich Versprechenden, Verschreibenden oder Vergreifenden. Auch hier liegt aber ein Zustand des Bewußtseins vor, welcher den Willen nicht ausschließt; auch hier liegt ein Irrthum vor, indem die Willensäußerung erfolgt in der irrigen Annahme ihrer Uebereinstimmung mit der vorher beschlossenen, und auch diese Verschiedenheit der ausgeführten von der beschlossenen Handlung verdient nur als entschuldbare Berücksichtigung. Die Differenz ist hier eine solche des äußeren Verhaltens, welche aber von Bedeutung nur dann ist, wenn

sie eine Verschiedenheit des geäußerten Willens begründet. Dazu kommt, wenn dieses Verhalten ein Zeichen ist, die Verschiedenheit seiner Bedeutung (in der Kr. Vjschr. 568 f. ist verkannt, daß die Bedeutung eines Zeichens nicht von der Willkür des es Gebrauchenden abhängt) und endlich, wenn die Willensäußerung auf ein gegebenes Object sich bezieht, die Verschiedenheit seiner wirklichen von seiner angenommenen Beschaffenheit. Hierher gehört insbesondere der Fall der Vollziehung einer Urkunde, deren Inhalt ein anderer als der vom Handelnden angenommene ist, sowie der Fall der Annahme eines falsch verstandenen Antrages. Der dissensus ist nicht, wie Brinz und der Verf. a. a. O. annahmen, ein selbständiger Fall des die Willenseinigung ausschließenden error. Hat der Antragsteller einen anderen Antrag als den von ihm gemeinten vollzogen, so liegt ein Irrthum desselben über die Bedeutung seiner Erklärung vor. Hat dagegen der andere Theil irrthümlich dem vollzogenen Antrage eine andere Bedeutung zugeschrieben, so irrt er über die Bedeutung seiner eigenen Handlung, da das wirkliche Object der Annahme kein anderes ist, als der wirklich gestellte Antrag. Auch hier besteht vom Erfordernisse der Entschuldbarkeit des Irrthums keine Ausnahme; ohne diese ist der Antragende an den wirklichen, wenngleich von ihm verkannten Sinn seines Antrages und der Annehmende an den wirklichen, wenngleich von ihm verkannten Sinn seiner Annahme gebunden. Daß dagegen kein Vertrag besteht, wenn der nicht nur nach der Meinung des Antragstellers, sondern durch seine wirkliche Vollziehung einer bestimmten Person gemachte Antrag von einer anderen Person angenommen wird, beruht auf der Gegenstandslosigkeit einer auf ein nicht existirendes Object sich beziehenden Willensäußerung. Bezieht sich die Willensäußerung auf eine gegebene Person oder Sache, so ist, wie bei ihrer Beziehung auf einen gegebenen Inhalt, ihr wirkliches Object stets die in Wirklichkeit durch sie behandelte oder bezeichnete Person oder Sache, und es macht dafür keinen Unterschied, durch welches Merkmal sie bezeichnet wird. Auch hier aber liegt ein wesentlicher Irrthum vor, wenn die wirkliche Beschaffenheit des Objectes der Handlung von der durch den Handelnden angenommenen in dem Maße verschieden ist, daß unabhängig von seinen individuellen Verhältnissen und Anschauungen anzunehmen ist, es wäre ohne den Irrthum ein Wille dieses Inhaltes bezüglich dieser Person oder Sache nicht geäußert worden. Eine qualitative Verschiedenheit dieses Falles gegenüber anderen Fällen des Irrthums besteht nicht, und der Irrthum über das Object, welchen man vielfach dem bloßen Irrthume über seine Beschaffenheit entgegensetzt, ist ein wesentlicher nur im Falle einer wesentlichen Verschiedenheit seiner wirklichen und der vom Handelnden ihm zugeschriebenen Beschaffenheit. Es ist daher auch grundlos, diesem Irrthume nur als einem dem anderen Theile zu erkennen gegebenen rechtliche Bedeutung zuzuerkennen; wogegen von größter Bedeutung auch hier das Erforderniß der Entschuldbarkeit ist. Der Irrthum ist im Falle einer angesichts ihres Gegenstandes vollzogene Willensäußerung ein unentschuldbarer, wenn der Augenschein

zu seiner Berichtigung genügte; er ist ein unentschuldbarer, wenn es an jedem Grunde zur fraglichen Annahme fehlte, und er ist ein unentschuldbarer, wenn z. B. der vom Verkäufer geforderte Preis ein so niedriger war, daß der Käufer dadurch auf das Fehlen der von ihm angenommenen Beschaffenheit aufmerksam gemacht werden mußte.

**Anmerkung 3.** Unter den neuesten Bearbeitern der Lehre vom Irrthume stellt Zitelmann (J. u. Rechtsgeschäft, 1879) den Fall der Zerstreutheit mit demjenigen der schlechthin nicht gewollten Bewegung (Reflexbewegung und Störung der motorischen Nervenleitung) zusammen (S. 365 f.). Das Bewußtsein des Willensinhaltes betrachtet er schlechthin als Bedingung der Willensäußerung (S. 377), so daß ihr Ausschluß durch den Mangel jenes Bewußtseins „streng genommen" nicht in die Lehre vom Irrthume gehöre (431). Daß „Vorstellungen über Identität und Eigenschaften eines Objectes rücksichtlich des Erfolges, der sich an und mit diesem Object vollziehen soll, Elemente der Absicht sein können" (433) verneint Z., weil „die normale Absicht die Eigenschaften eines bestimmten concreten Objectes nicht mehr umfassen kann" (436). Er beschränkt dies aber inconsequent auf den Fall eines sinnfällig vorliegenden Objectes; denn durch seine sinnliche Wahrnehmung an einem bestimmten Orte und zu einer bestimmten Zeit sei ein Object dieses Object. Die Individualisirung des Objectes meiner Willensäußerung erfolgt aber in gleicher Weise durch jedes andere es von allen anderen unterscheidende Merkmal; bezeichnet meine Erklärung, das vor mir stehende Pferd zu kaufen, kein anderes als das wirklich vor mir stehende, so bezeichnet ebenso meine Erklärung, das in deinem Stalle stehende oder dein Pferd zu kaufen, kein anderes als das wirklich in deinem Stalle stehende oder in deinem Eigenthume befindliche. Ob ich jenes oder dieses irrthümlich für identisch mit einem anderen mir bekannten Objecte halte, macht keinen Unterschied, und in beiden Fällen ist dieser Irrthum gleichgültig, wenn zwischen dem wirklich bezeichneten und dem gemeinten Objecte keine nach dem Inhalte der vollzogenen Willensäußerung für ihre Vollziehung entscheidende Verschiedenheit der Beschaffenheit besteht; besteht aber eine solche, so ist es der Irrthum über die Beschaffenheit des Objectes, welcher die rechtliche Geltung der Willensäußerung ausschließt. Allerdings ist die wirkliche Beschaffenheit des Objectes durch seine Existenz gegeben, in gleicher Weise ist aber der Sinn des von mir vollzogenen Zeichens und der Inhalt der von mir unterschriebenen Urkunde oder des von mir angenommenen Antrages ein gegebener. — Wie für Savigny und Zitelmann, so schließt auch für Leonhard (Der Irrthum bei nichtigen Verträgen 1882) der Irrthum nie als solcher die rechtliche Gültigkeit einer Willensäußerung aus, aber aus dem entgegengesetzten Grunde, weil nach ihm die Unkenntniß des Inhaltes der Willensäußerung auch als entschuldbare gleichgültig und nur dann von rechtlicher Bedeutung ist, wenn die Willensäußerung unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des vom Handelnden irrthümlich angenommenen Inhaltes derselben erfolgte. Es besteht

aber, wie schon Celsus (l. 18 § 1 D. de adq. poss.) betont, zwischen den Fällen des Irrthums und der Bedingung die wesentliche Verschiedenheit, daß Object einer Bedingung ein Umstand als ein ungewisser ist, während für den Irrenden das Object seines Irrthums als ein solches, welches er zu kennen glaubt, ein gewisses ist. Leonhard selbst sagt, der Irrthum schließe gleich dem Zwange die Willensfreiheit aus „im Sinne des gemeinen Lebens" (S. 391 ff., 584 Z. 7), was aber juristisch gleichgültig sei, während dies für den Zwang nicht zutrifft und überhaupt das Recht in der Regel den Standpunkt des Lebens theilt. Dem Aussprechen einer irrthümlichen Annahme kommt auch nicht die Bedeutung zu, einen sonst nicht wesentlichen Irrthum zu einem wesentlichen zu erheben. Kennt der Gegner ihre Irrigkeit, so kann die Unterlassung ihrer Berichtigung eine dolose sein, und ist sie nicht im Sinne des vermeinten Wissens, sondern im Sinne der Erwartung eines nur möglicher Weise zutreffenden Umstandes geäußert, so liegt nicht ein Irrthum, aber möglicher Weise eine Bedingung i. w. S. vor, welche nicht durch den Ausdruck des Glaubens an die Existenz jenes Umstandes, sondern gerade dadurch gesetzt ist, daß dieser als ein ungewisser und für die Existenz des geäußerten Willens entscheidender bezeichnet ist. Die Fälle des Irrthums und der Bedingung sind solche, welche an einander angrenzen und eben dadurch einander ausschließen.

**Anmerkung 4.** Die Quellen enthalten zunächst den allgemeinen Satz, daß der dissensus ein die Existenz eines Vertrages ausschließender error oder Fehler ist. Indem sie diesen Fall einfach als denjenigen der Meinungsverschiedenheit auffassen, ohne einen Irrthum der einen oder anderen Partei zu erwähnen (l. 9 D. de c. emt. 18, 1. l. 57 de obl. et act. 44, 7. l. 83 § 1 D. de verb. obl. 45, 1), so denken sie an den Fall eines solchen Vertragsantrages, dessen Fassung sowohl die eine als die andere Auffassung zuläßt, durch dessen Annahme daher nicht wegen Irrthums, sondern wegen seiner mangelnden Bestimmtheit kein Vertrag zu Stande kommt (Fälle der Ungültigkeit wegen Irrthums des Acceptanten enthalten dagegen l. 52 D. loc. 19, 2. l. 18 D. de reb. cr. 12, 1, § 23 J. de inut. st. 3, 19). Insbesondere ist nach Ulpian's Ausführung in l. 9 cit. der error in corpore nichts anderes als ein dissensus in corpore oder der Fall, daß jeder einen anderen Gegenstand meint, während keiner den von ihm gemeinten Gegenstand mit hinreichender Deutlichkeit bezeichnet hat; er sagt ausdrücklich, daß ego me Stichum, tu Pamphilum a b s e n t e m vendere putasti, weil bei einem angesichts seines Objectes vollzogenen Kaufe dieser Fall nicht vorkommen kann. Ulpian fährt aber in § 2 fort: si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit . . . an emtio et venditio sit. Im Gegensatze zur unbedingten Bejahung dieser Frage durch Marcellus verneint er sie, falls aliud pro alio venisse videtur. Unzweifelhaft ist dieser Fall ein Fall des Irrthums, welchen Ulpian für wesentlich erklärt, wenn vermöge desselben die wirklich gekaufte Sache eine a n d e r e ist als die vermeintlich gekaufte. Daß dem so sei, verneint er im

Falle des zu Essig gewordenen Weines, weil dieser nicht eine andere, sondern eine verdorbene Sache ist, wegen deren die aediliciae actiones Platz greifen; wenn er sagt: in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur, so meint er nur die übrigen von ihm genannten Beispiele und läßt im Allgemeinen die Frage offen, wann eine Verschiedenheit des Stoffes, der Form oder irgend eines anderen Merkmales ein aliud pro alio begründet. Vgl. dazu l. 10, 11. l. 41 § 1 eod. Daß Ulpian nicht etwa nur an eine kundgegebene Annahme denkt, zeigt l. 14 eod., wo er es als einen besonderen Fall erwähnt, daß in materia et qualitate ambo errarent; denn der kundgegebene Qualitätsirrthum muß ein vom anderen getheilter sein, wenn nicht die Unterlassung seiner Berichtigung eine dolose sein soll. Der l. 9 § 2 widerspricht nicht Marcian's Satz (l. 45 eod.), daß wer vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur ut aurum quod vendidit praestet; wäre Object des Kaufes die individuelle Sache gewesen, so könnte nicht von verkauftem Golde die Rede sein.

**Anmerkung 5.** In l. 57 D. de contr. emt. 18, 1 berichtet Paulus die Ansichten älterer Juristen über den Verkauf eines niedergebrannten Hauses dahin, daß im Falle beiderseitigen Irrthums nihil venisse, quamvis area maneat. Steht das Haus noch zum Theile, so heißt es, daß si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emtor perficere emtionem, daß dagegen unter entsprechender Ermäßigung des Preises das Gegentheil gelte, wenn vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit. Dem Kaufe des ganz oder zum größeren Theile abgebrannten Hauses wird damit die Geltung zu Ungunsten des Käufers (daß diese Beschränkung der Ungültigkeit nur für den zweiten Fall zum Ausdrucke gelangt, ist zufällig) aberkannt, weil sein Object anstatt eines Hauses nur noch eine area oder eine Ruine ist. Steht das Haus dagegen noch wenigstens zur Hälfte, so begründet die partielle Zerstörung des Objectes nur eine partielle Ungültigkeit des Kaufes, so daß das noch existirende Stück um einen entsprechenden Theil des vereinbarten Preises gekauft ist. In § 1 wird aber für den Fall der nur dem Käufer nicht bekannten Zerstörung, wenn quantacunque pars aedificii remaneat, die Geltung des Kaufes mit Ersatzpflicht des Verkäufers ausgesprochen. Steht auch nur ein kleiner Theil des Hauses noch, so kann die Bezeichnung eines Hauses immerhin noch auf das Kaufobject angewendet werden und dieses nominelle Fortbestehen desselben als eines Hauses soll für die Geltung des Kaufes genügen, wenn wie hier wegen des dolus des Verkäufers in anderer Weise für die Schadloshaltung des Käufers gesorgt ist. Dies hängt damit zusammen, daß (wie l. 9 § 2 eod. zeigt) der Irrthum über die Beschaffenheit des Kaufobjectes nur allmälig als ein die Geltung des Kaufes ausschließender anerkannt wurde. § 2 statuirt die volle Gültigkeit des Kaufes für den Fall des vom Käufer nicht getheilten Irrthumes des Verkäufers, bestätigt aso, daß die Ungültigkeit wegen Irrthums nur um derjenigen Partei willen besteht,

welche in einem von ihrem Standpunkte aus wesentlichen Irrthume sich befand. In § 3 wird für den Fall der beiderseitigen Kenntniß der gänzlichen oder partiellen Zerstörung erklärt, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando; die beiderseitige Ungültigkeit des Kaufes beruht hier nicht auf einem von keiner Seite vorliegenden Irrthume, sondern auf dem von jeder Seite vorliegenden Versuche rechtswidriger Täuschung der anderen Partei.

**Anmerkung 6.** Der B. G.=Entw. behandelt den Irrthum im Allgemeinen im Anschlusse an die Fahrlässigkeit. Der entschuldbare Irrthum ist nach ihm ein „nicht auf Fahrlässigkeit beruhender" (§ 146) im Widerspruche sowohl mit dem römischen Rechte als mit der Wortbedeutung (oder ist etwa jede Fahrlässigkeit unentschuldbar?). Der auf Irrthum beruhende „Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten" schließt nach § 98 jede Geltung der Willenserklärung aus, „wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde"; es soll also nichts ausmachen, daß die entscheidende Bedeutung des Irrthums auf den individuellen Verhältnissen und Anschauungen des Handelnden beruht, falls nur diese bewiesen werden können. Zugleich ist aber der Irrthum über Geschäftsart, Gegenstand und Person zu einem solchen erklärt, welchem im Zweifel entscheidende Bedeutung zukommt. Neben dieser weiten Ausdehnung der Ungültigkeit wegen Irrthums ist es ohne Bedeutung, daß § 102 den „Irrthum in den Beweggründen" für einen in Ermangelung anderweitiger Bestimmung gleichgültigen erklärt. Für den Fall grober Fahrlässigkeit statuirt § 99 trotz des Irrthums Gültigkeit; es ist aber inconsequent, wenn zwar die Existenz, aber nicht die bestimmende Bedeutung des Irrthums unter Umständen ignorirt wird. Eine Ersatzpflicht statuirt der Entw. im Falle einer leichten Fahrlässigkeit; fordert aber nicht die Gerechtigkeit, daß der durch meine aus Irrthum vollzogene Handlung verursachte Schaden keinen anderen als mich selbst treffe? Sowohl die Gültigkeit der Handlung als die Ersatzpflicht schließt § 99 aus, „wenn der Empfänger den Irrthum kannte oder kennen mußte". Im Falle der Kenntniß des Irrthums durch den anderen Theil liegt aber eine rechtsgültige Willensäußerung des vom Handelnden gemeinten Inhaltes vor, wenn der Irrthum auf das beobachtete äußere Verhalten oder die diesem für sich zukommende Bedeutung sich bezog; denn als ein vom anderen Theile verstandener war der vom Handelnden gemeinte Sinn in einer wenngleich fehlerhaften, so doch für jenen verständlichen Weise ausgedrückt. Bezog dagegen der dem anderen Theile bekannte unentschuldbare Irrthum sich auf den gegebenen Gegenstand der Handlung, so ist die Unterlassung seiner Berichtigung eine dolose und aus diesem Grunde die Handlung eine nicht zu Gunsten des anderen Theiles zu Recht bestehende, während es ungerechtfertigt ist, wegen seiner Kenntniß die Geltung der Handlung gegenüber Dritten auszuschließen. Daß aber der andere den Irrthum kennen mußte oder daß seine Unkenntniß desselben auf Fahrlässigkeit beruht (§ 146), ist auch ihm gegenüber

nicht geeignet, die Ungültigkeit der Willensäußerung zu begründen. Nicht nur wird eine grobe Fahrlässigkeit des Erklärenden nicht durch eine leichte Fahrlässigkeit des anderen Theiles aufgewogen, sondern es ist überhaupt nicht abzusehen, warum der Handelnde auf die Fahrlässigkeit des anderen sich soll berufen können; der von diesem begangene Fehler ist doch stets veranlaßt durch den vom Erklärenden begangenen, ohne welchen er nicht möglich gewesen wäre.

Die Nichtigkeit des wegen wesentlichen Irrthums ungültigen Rechtsactes statuirt der B. G.=Entw. nicht als eine nur zu Gunsten des Irrenden eintretende, während es keinen Sinn hat, dem anderen Theile, welchem vielleicht nachträglich der Inhalt des vollzogenen Rechtsactes nicht mehr genehm ist, die Berufung auf einen Irrthum der Gegenpartei zu gestatten. Dies widerspricht auch der Bestimmung des § 99 Abs. 1; die Bedeutung meines Irrthums wegen meiner Verschuldung auszuschließen ist nur am Platze, wenn jene Bedeutung eine zu meinen Gunsten Platz greifende ist, wie denn jede rechtliche Berücksichtigung des Irrthums dem Irrenden zu liebe erfolgt. Mit Recht stellt der Entw. die Ungültigkeit eines Rechtsactes wegen Irrthums mit seiner Ungültigkeit wegen Zwangs und Betruges als eine auf Willensmangel beruhende zusammen; er verkennt aber, daß dort wie hier der Willensmangel nicht eine Abwesenheit, sondern eine Fehlerhaftigkeit des Willens bedeutet, welche nicht die Existenz einer Willensäußerung ausschließt, aber die rechtliche Berücksichtigung des Umstandes begründet, daß sie ohne den Willensmangel nicht erfolgt wäre.

### γ) Der Betrug.

## § 46.

D. de dolo malo 4, 3.

Im Falle des Zwanges ist mein Wille unmittelbar und bewußt, im Falle des Betruges ist er unbewußt und mittelbar durch den Willen eines anderen bestimmt, indem dieser zum Zwecke und mit dem Erfolge der Bestimmung meines Willens einen Irrthum in mir hervorgerufen oder aufrecht erhalten hat. An sich ist hier mein Wille ein unfreier in keinem anderen Sinne als im Falle jedes anderen Irrthums, und im Verhältnisse zu Dritten ist daher meine Handlung nur insoweit ungültig, als dies aus der Beschaffenheit meines Irrthums sich ergibt. Im Verhältnisse zum Betrüger dagegen wird die Unfreiheit meines Willens als eine durch seinen rechtswidrigen Willen hervorgerufene oder benutzte auch dann berücksichtigt, wenn ich unentschuldbarer Weise mich täuschen ließ und wenn die bestimmende Bedeutung meines Irrthums für meinen Willen nicht auf der Natur der vollzogenen Willensäußerung, sondern auf der Be=

sonderheit des concreten Falles oder meiner Individualität beruhte. Darauf, daß ich durch meine individuelle Unachtsamkeit mich habe täuschen lassen, darf sich derjenige nicht berufen, welcher dieser Unachtsamkeit als eines Mittels zum Zwecke meiner Täuschung sich bedient hat, und darauf, daß die entscheidende Bedeutung meines Irrthums für meinen Willen von besonderen Umständen abhing, darf sich derjenige nicht berufen, welcher diese Umstände zum Zwecke der Bestimmung meines Willens sich zu nutze gemacht hat. Die Willensäußerung des Getäuschten besteht daher unabhängig von der Entschuldbarkeit oder Wesentlichkeit seines Irrthums nicht zu Gunsten des Schuldigen zu Recht, und diese Bedeutung des Betruges als eines im Verhältnisse zum Schuldigen die Ungültigkeit der Willensäußerung begründenden steht selbständig neben seiner Bedeutung als eines den Schuldigen zum Schadensersatze verpflichtenden Delictes[1]).

Mit Unrecht unterscheidet man als Fälle von verschiedener rechtlicher Bedeutung den sog. dolus causam dans und den sog. dolus incidens. Hat die Täuschung den Willen des Getäuschten überhaupt nicht bestimmt, so ist sie gleichgültig. Es kann aber ihre bestimmende Bedeutung entweder eine solche sein, daß ohne die Täuschung der Rechtsact ganz unterblieben wäre, oder auf ein bestimmtes Stück seines Inhaltes in der Weise sich beschränken, daß er in Ansehung seines übrigen Inhaltes auch ohne die Täuschung vollzogen worden wäre. Die Eigenschaft des geäußerten Willens als eines nicht zu Ungunsten des Getäuschten zu Recht bestehenden beschränkt sich hier auf jenes Stück seines Inhaltes. Handelt es sich aber um einen von der anderen Partei nicht ohne seinen ganzen Inhalt gewollten Vertrag, so ist dieser als ein auf seinen ganzen Inhalt sich erstreckender ein nicht zu Ungunsten des Getäuschten zu Recht bestehender und als ein auf einen Theil jenes Inhaltes sich beschränkender nicht vollzogen, so daß der Getäuschte nur die Wahl hat, ihn entweder überhaupt nicht oder

---

[1]) L. 3 § 3 D. pro. soc. 17, 2: societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo. Der exceptio doli bedurfte es beim bonae fidei negotium nicht; der Umfang seiner ipso iure Platz greifenden Ungültigkeit ist aber kein anderer als der Umfang einer per exceptionem doli Platz greifenden. Als eine durch die bona fides gebotene greift die Ungültigkeit nur zu Gunsten des Getäuschten und nur zu Ungunsten des Schuldigen Platz.

gegen Ersatz des durch den Betrug ihm zugefügten Schadens in seinem vollen Umfange gelten zu lassen[2]). Auf die Begründung einer Entschädigungspflicht beschränkt sich die rechtliche Bedeutung des Betruges im Falle eines solchen Rechtsactes, dessen Inhalt nicht dem Schuldigen zu gute kommt; doch kann derjenige, welcher die dem Schuldigen abgetretene Sache von diesem unentgeltlich erworben hat, sie dem Getäuschten oder seinem Rechtsnachfolger, in dessen Besitz sie wieder gelangt ist, nicht abfordern[3]).

**Anmerkung.** F. v. Ziegler, Ueber Betrug beim Vertragsabschlusse (Münchener Diss. 1870) geht vom Rechte eines Jeden aus, nicht durch Zwang oder Täuschung „in der Freiheit seiner Willensbestimmung beschränkt zu werden" (S. 2), verneint aber trotzdem jede Ungültigkeit der durch Täuschung veranlaßten Willensäußerung; vielmehr erschöpfe sich die privatrechtliche Bedeutung des Betruges in der Forderung der Interesseleistung, so daß die Auflösung des Vertrages nur gefordert werden könne, wenn sie „in den Kreis der Interesseleistung fällt" (S. 53) und daher ausgeschlossen sei, wenn sie „durch das gegenwärtige Interesse des Betrogenen nicht mehr erfordert wird" (S. 51). Diese Beschränkung ist aber weder in den Quellen bezeugt noch der Fassung der exceptio doli (l. 2 § 1 D. de dol. exc. 44, 4) gemäß. Indem jeder Geltendmachung des Rechtsactes durch denjenigen, dessen Betrug ihn veranlaßt hat, die exceptio doli entgegensteht, so besteht er nicht zu seinen Gunsten zu Recht, und durch diese Beschränkung seiner Ungültigkeit unterscheidet er sich von dem erzwungenen oder in einem wesentlichen Irrthume vollzogenen Rechtsacte. Zur Ungültigkeit wegen Irrthums verhält sich die Ungültigkeit wegen dolus ebenso, wie sich zur Ungültigkeit der erzwungenen die Ungültigkeit der ohne Noth erfolgten Unterwerfung unter fremde Willkür verhält. Der Zusammenhang und der Gegensatz beider Fälle zeigt sich anschaulich in der Fassung der zwei Exceptionen: si in ea re nihil metus causa factum est und si in ea re nihil dolo malo actoris factum est, und in der Bemerkung Ulpian's: utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius qui dolo fecit (l. 4 § 33 D. de dol. exc.). Eine bloße Consequenz der actio doli ist die exceptio doli (specialis) ebensowenig als die exceptio metus eine bloße Consequenz der actio quod metus causa ist; sonst wäre z. B. der Satz Ulpian's ausgeschlossen: de dolo tutoris exceptionem pupillo esse obiciendam (l. 4 § 24 D. de dol. exc.). Der B. G.=Entw. erklärt im Falle des Betruges die Willenserklärung im Verhältnisse zum Betrüger und

---

[2]) Daher heißt es in l. 7 pr. D. h. t. (Ulp.) nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.

[3]) l. 4 § 27—31 de doli exceptione 44, 4.

demjenigen, welcher „den Betrug kannte oder kennen mußte", für anfechtbar (§ 103). Unbedenklich ist die Gleichstellung der Kenntniß des Betruges mit der Theilnahme an demselben, aber nicht die Ausdehnung dieser Gleichstellung auf das Kennenmüssen; denn wer den Betrug nicht wirklich kannte, handelt ebensowenig dolos als derjenige stiehlt, welcher nicht mit Bewußtsein sich eine fremde Sache aneignet. Durchaus ungerecht ist die Beschränkung dieser Anfechtung auf die Frist eines Jahres von der Entdeckung des Betruges an (§ 104. Vgl. darüber Arch. f. civ. Pr. 73, S. 98f.).

## b) Die Bedingungen.

### α) Der Begriff der Bedingung.

### § 47.

Die deutsche Bezeichnung der Bedingung wird gleich der lateinischen der condicio theils im Sinne einer beliebigen Bestimmung theils in engerem Sinne gebraucht. Eine technische ist sie nur im Sinne einer die Bedingtheit eines Rechtsactes statuirenden Bestimmung. Außer dieser wird aber auch die durch sie begründete Bedingtheit und der durch sie zu bedingender Bedeutung erhobene Umstand als Bedingung oder condicio bezeichnet. Ein Rechtsact ist ein bedingter, wenn seine Existenz vermöge des Inhaltes des geäußerten Willens von einem zur Zeit noch ungewissen zukünftigen Umstande abhängt. Seine Vollziehung ist gleich jeder Willensäußerung die Aeußerung eines gegenwärtigen Willens, dessen Inhalt aber ein anderer ist als der Inhalt des durch die unbedingte Vollziehung eines Rechtsactes geäußerten Willens. Object dieses Willens ist die Existenz, Object jenes Willens die bedingte Nothwendigkeit eines bestimmten Erfolges. Indem deren Statuirung mit der Statuirung seiner wirklichen Existenz dann, aber erst dann zusammenfällt, wenn die Bedingung erfüllt ist, so steht von der Erfüllung dieser an derjenige Wille, welcher die bedingte Nothwendigkeit eines bestimmten Erfolges statuirt hat, einem solchen gleich, der seine Existenz statuirt hat. Bis dahin gehört der bedingte Rechtsact nicht der Gegenwart und Wirklichkeit, sondern als ein solcher, welcher möglicher Weise zur Existenz gelangen wird, dem Gebiete der Möglichkeit und Zukunft an. Durch die Erfüllung der Bedingung ändert sich nichts an der Eigenschaft des fraglichen Erfolges als eines in Gemäßheit des geäußerten Willens erst der Zeit der erfüllten Bedingung

angehörenden. Indem aber die Möglichkeit seines zukünftigen Eintrittes als eine solche statuirt war, deren Verwirklichung nur noch von der Erfüllung der Bedingung abhing, so steht vom Zeitpunkte derselben an der nun eintretende Erfolg einem solchen gleich, dessen nunmehriger Eintritt vom Zeitpunkte der vollzogenen Willensäußerung an feststand, so daß nachträglich diese die Bedeutung einer von vornherein den späteren Eintritt jenes Erfolges statuirenden oder eines durch ihre Vollziehung vollzogenen Rechtsactes hat.

Die Vollziehung eines Rechtsactes kann auch unter einer Bedingung erfolgen, deren Zutreffen nur für das Bewußtsein des Handelnden noch ungewiß ist. Gleich der Frage ihres Zutreffens ist hier die Frage der Existenz des Rechtsactes nur für das Bewußtsein des Handelnden noch nicht entschieden. Trifft die Bedingung zu, so ist der Rechtsact als ein unbedingter vollzogen; im entgegengesetzten Falle ist die vollzogene Willensäußerung ohne rechtliche Bedeutung; sei es nun, daß der zur Bedingung erhobene Umstand überhaupt nicht der Zukunft, sondern der Gegenwart oder Vergangenheit angehört, oder daß er von vornherein entweder als ein nothwendiger feststeht oder als ein unmöglicher ausgeschlossen ist[1]).

Gleich der von vornherein entschiedenen ist eine uneigentliche Bedingung die iuris condicio oder diejenige, von deren Erfüllung die Bestimmung des Rechtes unabhängig vom Willen des Handelnden die Geltung des geäußerten Willens abhängig macht. Ohne Erfüllung der vom Handelnden statuirten Bedingung ist die Willensäußerung kein Rechtsact, weil sie ohne dieselbe des für

[1]) § 6 J. de verb. obl. 3, 15, § 11 J. de inut. stip. 3, 19, l. 37—39 D. de reb. cred. 12, 1. l. 79 pr. D. de cond. 35, 1. l. 9 § 1 D. de nov. 46, 2. Bestritten ist (Windscheid § 87, Anm. 2 und 6; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung ꝛc. I. 172), ob die Existenz einer wirklichen Bedingung eine objective Ungewißheit fordere oder ob es genüge, wenn die Frage der Existenz eines zukünftigen Umstandes zwar in Wirklichkeit schon entschieden sei, aber noch nicht als eine entschiedene gewußt werden könne. Eine objective Gewißheit ist aber ein innerer Widerspruch und schlechthin ungewiß ist Alles, was nicht gewußt werden kann. Dies zeigt zugleich, daß das für den Begriff der Bedingung wesentliche Moment des Zukünftigen ein selbständiges und nicht schon im Momente des noch Ungewissen enthalten ist, da eine noch schlechthin ungewisse auch eine nicht dem Gebiete der Zukunft angehörende Thatsache zu sein vermag.

einen solchen erforderlichen Inhaltes entbehrt. Ohne Erfüllung der vom Rechte statuirten Bedingung ist die Willensäußerung kein Rechtsact, weil sie ohne dieselbe der rechtlichen Sanction ihres Inhaltes entbehrt[2]).

**Anmerkung 1.** Dem Begriffe des bedingten Rechtsactes scheint ein Widerspruch anzuhaften, welchen man auf verschiedene Weise zu beseitigen versucht hat. Fragen wir, ob hier der Wille selbst oder nur sein Erfolg von der Erfüllung der Bedingung abhängt, so hängt einerseits von dieser der Erfolg nur deshalb ab, weil er nur für ihren Fall gewollt ist; auf der anderen Seite ist aber ihr Eintritt ein solcher, welcher nicht kraft eines durch ihn entstehenden, sondern kraft eines schon früher geäußerten Willens den betreffenden Erfolg zu einem gewollten erhebt. Energisch betont daher Windscheid (Pand. § 86, Anm. 3a), daß nicht das Wollen, sondern nur das Gewollte ein bedingtes sei. Es gibt aber kein Wollen ohne Gewolltes und ebenso ist undurchführbar von Scheurl's (Nebenbestimmungen S. 76 ff.) Unterscheidung der unbedingten Entschlußfassung und des bedingt gefaßten Entschlusses, da eine Entschlußfassung nicht denkbar ist ohne gefaßten Entschluß. Wenn sodann Enneccerus (Rechtsgeschäft, Bedingung u. s. w. S. 175) nicht den Willen bedingt sein läßt, sondern nur die rechtliche Bedeutung des Gewollten, so ist auch hier zu entgegnen, daß die Bedingtheit der Bedeutung des Gewollten hier doch nur deshalb Platz greift, weil sie gewollt ist, so daß die Beschränkung dieser Bedeutung ihren Grund nur haben kann in einer Beschränkung des sie statuirenden Willens. Diese Beschränkung besteht aber darin, daß anstatt der wirklichen Existenz nur die bedingte Nothwendigkeit eines bestimmten Erfolges gewollt ist. Der Inhalt der Willensäußerung ist daher hier von vornherein nicht von der für die Existenz eines Rechtsactes erforderlichen Beschaffenheit; er erlangt aber diese durch die Erfüllung der Bedingung, weil er von ihr an ein solcher ist, welcher die Existenz eines bestimmten Erfolges statuirt. Der Wille der bedingten Nothwendigkeit eines bestimmten Erfolges ist ein anderer als der Wille der Existenz eines bestimmten Erfolges, welchen er aber im Falle der Erfüllung der Bedingung in sich schließt. Dies ist verkannt von Pietzker im Arch. f. civ. Pr. 74, S. 462 ff. Sagt er, durch die bedingte Uebernahme einer Verpflichtung wolle ich in keiner Weise ihre wirkliche Existenz, sondern nur die Möglichkeit ihrer Entstehung durch eine dieselbe sonst nicht begründende Thatsache herbeiführen, so beruht doch ihre Entstehung durch diese Thatsache auf meinem Willen, und wenn er einen Willen, welcher durch den Eintritt eines Ereignisses zur Existenz gelangt, für Widersinn erklärt, so übersieht er, daß mit dem gewollten Inhalte auch seine Consequenzen gewollt sind, daß daher sehr wohl ein bestimmter, durch

---

[2]) L. 21, 68 D. de iur. dot. 23, 3. L. 99 D. de cond. 35, 1.

eine frühere Handlung geäußerter Wille vermöge späterer Thatsachen einen Willen in sich schließen kann, den er bisher nicht in sich schloß, weil bisher diejenigen Thatsachen nicht zutrafen, ohne deren Existenz der eine Wille den anderen nicht in sich schließt. Wie der Wille bedingter Nothwendigkeit eines Erfolges im Falle der Erfüllung der Bedingung den Willen seiner Existenz in sich schließt, so schließt jedes hypothetische Urtheil für den Fall des Zutreffens seiner Bedingung ein kategorisches in sich. Daß aber im Gegensatze zum bedingten Urtheile ein bedingter Rechtsact nur derjenige ist, dessen Bedingung eine zukünftige noch ungewisse Thatsache ist, das beruht darauf, daß die wirkliche Existenz eines Rechtsactes nicht seine subjective Existenz für das Bewußtsein des Handelnden ist. Für dieses ist jeder Rechtsact ein bedingter oder erst dem Reiche der Möglichkeit angehörender, dessen Existenz von einem für den Handelnden nicht gewissen Umstande abhängt. In Wirklichkeit ist aber der Rechtsact, dessen bedingte Nothwendigkeit der Handelnde will und welcher daher für sein Bewußtsein als ein möglicher existirt, im Falle der von vornherein entschiedenen Bedingung entweder ein schlechthin existenter oder ein schlechthin nicht existenter. Die gleiche Bedeutung oder Bedeutungslosigkeit ihres Inhaltes, welche hier der Willensäußerung von vornherein zukommt, kommt ihr im Falle der erst nachträglich sich entscheidenden Bedingung nachträglich zu; denn der Wirklichkeit gegenüber ist die Kategorie der Möglichkeit ohne Bedeutung; vom Momente ihrer Verwirklichung an steht die bisherige Möglichkeit einer solchen gleich, deren Verwirklichung von vornherein feststand, und von der Vereitelung ihrer Verwirklichung an steht sie einer solchen gleich, deren Verwirklichung von vornherein ausgeschlossen war. Hat nun mein Wille eine bestimmte Möglichkeit als eine solche statuirt, deren Verwirklichung von einer bestimmten Bedingung abhängt, so erlangt durch die Erfüllung der Bedingung ihre Verwirklichung die Bedeutung einer solchen, welche kraft meines Willens von vornherein feststand. Wie schon Leibniz, so betrachtet neuerdings Fitting (Begr. der Rückziehung 1856 und Arch. f. civ. Pr. 39, S. 305ff.) und Brinz (Pand. 1. Aufl. § 326) den bedingten Rechtsact als einen solchen, dessen von Anfang an vorhandene Existenz durch die Erfüllung der Bedingung sich offenbare. Dem dagegen sich erhebenden Einwande, „daß wo Bedingungen schweben, Entscheidungen, nicht bloße Aufklärungen in Erwartung stehen", stellt Brinz die Möglichkeit gegenüber, „daß etwas nicht ohne das andere sein kann und doch vor ihm ist wie . . . die Ursache vor der Wirkung". Allerdings nun geht diejenige Thatsache, welche die Ursache einer anderen ist, dieser voran; als Ursache dieser bestimmten Wirkung existirt sie aber nicht vor deren Eintritt; wenngleich die Verabreichung eines Giftes ihrer Wirkung vorangeht, so wird sie doch erst durch diese zur vollendeten Vergiftung. Wie hier die Handlung erst durch ihre Wirkung zur wirklichen Vergiftungshandlung wird, so wird diejenige Willensäußerung, durch welche ein bedingter Rechtsact sich vollzieht, erst durch die Erfüllung der Bedingung zum wirklichen Rechtsacte.

Auf der Verkennung dieses Umstandes beruht es, daß Fitting einen bedingten Rechtsact auch annimmt im Falle der von vornherein entschiedenen Bedingung und daß Brinz den bedingt gewollten Inhalt als einen auf den Fall der erfüllten Bedingung hin nicht nur schon jetzt, sondern auch für jetzt gewollten bezeichnet. Daß bis zur Erfüllung der Bedingung meine Willensäußerung nicht die Existenz, sondern nur die bedingte Nothwendigkeit eines bestimmten Erfolges statuirt, ist eine Thatsache, welche durch die Erfüllung der Bedingung zwar nicht ungeschehen, aber gleichgültig wird, so daß der unter einer Bedingung vollzogene Rechtsact zwar erst durch die Erfüllung der Bedingung, aber als ein solcher zu Stande kommt, welcher einem schon früher zu Stande gekommenen gleichsteht.

**Anmerkung 2.** Man pflegt die Bedingung als eine der Willensäußerung beigefügte Nebenbestimmung und als eine Selbstbeschränkung des geäußerten Willens zu bezeichnen. Beide Bezeichnungen gehen aus von der Vergleichung des bedingten mit einem unbedingten Rechtsacte desselben Inhaltes. Derselbe Rechtsact, welcher durch die schlechthin erfolgte Statuirung eines bestimmten Inhaltes unbedingt vollzogen ist, scheint ein bedingter zu werden durch einen mit der Statuirung jenes Inhaltes verbundenen Zusatz. In Wirklichkeit liegt aber anstatt eines Zusatzes eine Einschränkung vor. An sich ist der Wille bedingter Nothwendigkeit eines bestimmten Erfolges ein anderer als der Wille seiner Existenz; indem aber durch seine Aeußerung ein Rechtsact nur zu Stande kommt, wenn er durch die Erfüllung der Bedingung zu einem die Existenz jenes Erfolges statuirenden wird, so ist er als ein die Existenz eines bestimmten Erfolges möglicher Weise begründender von geringerem Umfange als ein die Existenz jenes Erfolges von vornherein begründender Wille. Diese im Verhältnisse zu einem unbedingten Rechtsacte bestehende größere Beschränktheit des Willens ist aber nicht eine „Selbstbeschränkung" in dem von Savigny (Syst. § 116) angenommenen Sinne, daß der Wille „den Umfang, den er außerdem haben würde, vermindert"; könnte der Handelnde wissen, wie sich die Zukunft gestalten wird, so wäre der von ihm bedingt statuirte Erfolg entweder ein schlechthin oder ein schlechthin nicht von ihm statuirter; angesichts der Unentschiedenheit eines für ihn entscheidenden Umstandes ist ihm dagegen jeder andere Wille als derjenige der Erhebung desselben zu einer für die Existenz des Erfolges entscheidenden Bedeutung fremd. Gleich jeder Willensbeschränkung ist auch die hier vorliegende eine Beschränkung des Willensinhaltes; indem aber der Inhalt des geäußerten Willens nicht ohne die Erfüllung der Bedingung von der für den Inhalt eines Rechtsactes erforderlichen Beschaffenheit ist, so ist von der Erfüllung der Bedingung die Eigenschaft der vollzogenen Willensäußerung als eines Rechtsactes abhängig. Eine Nebenbestimmung ist die Bedingung insoferne als ein Rechtsact dadurch, daß er unter einer Bedingung vollzogen ist, nicht einer anderen Art von Rechtsacten als derjenigen angehört, welcher er im Falle seiner unbedingten Voll-

ziehung angehören würde. Wie der befristete vom unbefristeten, so unterscheidet sich der bedingte vom unbedingten Rechtsact nicht durch einen im Gegensatze zu diesem ihm eigenen Inhalt; während aber der befristete Rechtsact vom unbefristeten lediglich durch die engere Begrenzung seines Inhaltes sich unterscheidet, so ist der Inhalt des bedingten Rechtsactes ein ohne die Erfüllung der Bedingung überhaupt nicht gewollter.

β) Die Resolutivbedingung.

§ 48.

Ein Rechtsact kann nicht nur ein schlechthin oder in Ansehung seines ganzen Inhaltes, sondern auch ein beschränkt bedingter sein, so daß von einem noch nicht entschiedenen Umstande zwar nicht seine ganze Existenz, aber sein Umfang, oder was damit identisch ist, der Umfang seines Inhaltes abhängt. Dies ist möglich in dem doppelten Sinne der auf ein bestimmtes Stück des statuirten Inhaltes und der auf die Zeit, für welche er statuirt ist, sich beschränkenden Bedingtheit. Eine Bedingtheit der zweiten Art begründet die Bestimmung eines zwar bezüglich seines Eintrittes, aber nicht bezüglich der Zeit desselben feststehenden Anfangstermines, sowie die Bestimmung eines bezüglich seines Eintrittes oder der Zeit desselben noch nicht feststehenden Endtermines. Wird mit der Statuirung eines solchen die Bestimmung verbunden, daß von seinem Eintritte an der nun außer Kraft tretende Inhalt einem überhaupt nicht in Kraft getretenen gleichstehen soll, so liegt eine sog. Resolutivbedingung vor. Dieselbe hat also die doppelte Bedeutung der bedingten zeitlichen Begrenzung des von vornherein statuirten Inhaltes und der bedingten Statuirung eines weiteren Inhaltes. Indem dieser in der Forderung der Wiederaufhebung des Erfolges aufgeht, welcher die Folge der nunmehr erloschenen Geltung des von vornherein statuirten Inhaltes war, so ist die Resolutivbedingung eine einheitliche in Ansehung des von ihr geforderten Erfolges der praktischen Gleichstellung des vollzogenen Rechtsactes mit einem nicht vollzogenen. Dies ändert aber nichts daran, daß ihr juristischer Inhalt ein doppelter ist, welcher theils den unmittelbaren Eintritt des durch sie statuirten Erfolges theils nur die Verpflichtung seiner Herstellung begründet. Wenn man daher darüber streitet, ob die Resolutivbedingung den Inhalt des vollzogenen Rechtsactes bedingt beschränkt oder mit

seinem sonstigen Inhalte einen anderen Inhalt verbindet und ob demgemäß ihre Erfüllung den Rechtsact auflöst oder nur die Forderung seiner Auflösung begründet, so ist in Wirklichkeit die Resolutivbedingung sowohl in bestimmtem Sinne eine den Rechtsact auflösende als in anderem Sinne eine die Auflösung des Rechtsactes fordernde. Trifft von diesen beiden Momenten nur das erste zu, so liegt lediglich ein bedingter Endtermin oder eine bedingte Einschränkung des Umfanges des Rechtsactes vor. Umgekehrt unterscheidet sich von der Resolutivbedingung ein sonstiger mit einem Rechtsacte verbundener und dessen Auflösung fordernder bedingter Rechtsact nicht sowohl durch seinen positiven Inhalt als dadurch, daß er den eigenen Inhalt des Rechtsactes nicht unmittelbar einschränkt.

**Anmerkung.** Ein beschränkt oder nicht in Ansehung seiner Existenz, aber in Ansehung seines Umfanges bedingter Rechtsact ist sowohl derjenige, dessen Inhalt nur zum Theile als auch derjenige, dessen Inhalt nur bezüglich der Zeit seiner Geltung ein bedingt statuirter ist. Während im Falle des noch nicht entschiedenen Anfanges der Geltung des statuirten Inhaltes ein beschränkt bedingter Rechtsact nur vorliegt, wenn zwar nicht die Eintrittszeit, aber doch der Eintritt des entscheidenden Umstandes von vornherein feststeht, weil andernfalls von seinem Eintritte nicht nur der Umfang, sondern die ganze Existenz des Rechtsactes abhängt, so liegt dagegen stets ein nur beschränkt bedingter Rechtsact vor im Falle des von einem ungewissen Umstande abhängig gemachten Endes der Geltung des fraglichen Inhaltes, da diese durch ihr späteres Erlöschen nicht zu einer nicht eingetretenen wird. Die zeitliche Begrenzung des statuirten Inhaltes kann daher als Begrenzung seiner Dauer eine bedingte sowohl in Ansehung ihrer ganzen Existenz als auch nur bezüglich ihres Maßes sein. Ebensowenig als ein schlechthin bedingter ist in diesem Falle der Rechtsact ein schlechthin oder in seinem ganzen Umfange unbedingter. Ist der Inhalt eines ein Rechtsverhältniß auf Zeit statuirenden Rechtsactes ein beschränkterer als der Inhalt des dasselbe Rechtsverhältniß ohne zeitliche Begrenzung statuirenden Rechtsactes, so hängt im Falle der von einem noch nicht entschiedenen Umstande abhängenden zeitlichen Begrenzung von jenem Umstande zwar nicht die ganze Existenz, aber doch die Dauer des fraglichen Rechtsverhältnisses und damit der zeitliche Umfang des statuirten Inhaltes ab. Selbstverständlich ist diese bedingte zeitliche Beschränkung des statuirten Inhaltes nur möglich, wenn sie auch als eine unbedingte möglich ist. In l. 44 D. de obl. et act. 44, 7 constatirt Paulus zunächst: ad tempus obligationem constitui non posse, fügt aber bei, daß post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit. Er erklärt dann im Gegensatze zu derjenigen Bedingung,

quae in constituenda obligatione inseritur, diejenige für nicht efficax, welche post perfectam eam ponitur, oder, wie das von ihm gebrauchte Beispiel zeigt (dare spondes nisi navis ex Asia venerit), diejenige, deren Erfüllung die Geltung des Rechtsactes ausschließen soll, nachdem sie schon eingetreten ist (anders Bechmann, Kauf 2, S. 488 Note). Auch hier aber erklärt er, daß existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali. Er erkennt also dem Eintritte eines Endtermines und dieser condicio genau dieselbe Bedeutung zu, die fernere Existenz der obligatio zwar nicht ipso iure, aber ope exceptionis auszuschließen. Des Grundes, warum die fragliche condicio nicht ipso iure wirkt, gedenkt er nicht, weil er ihn bereits erwähnt hat und der ganze Unterschied der beiden Fälle derjenige der unbedingten und der bedingten zeitlichen Begrenzung ist. Die Fassung jener condicio ist genau dieselbe wie die von Paulus in l. 1 D. de in. di. add. 18, 2 berichtete Fassung der in diem addictio, welche schon ihr Name als eine Veräußerung auf Zeit bezeichnet. Wenn er für diesen Fall in l. 2 § 3, 4 D. pro emtore 41, 4 sagt, es liege nicht eine condicio, sondern eine conventio vor, weshalb der Kauf magis resolvetur quam implebitur, so sagt er damit nur, daß der Kauf nicht ein schlechthin bedingter oder erst durch die Erfüllung einer Bedingung in Kraft tretender, sondern nur ein in Ansehung der Dauer seiner Geltung bedingter oder durch die Erfüllung einer Bedingung außer Kraft tretender ist. Die conventio, von welcher er spricht, bezeichnet er nicht als eine die Auflösung des Kaufes fordernde, sondern als eine dieselbe unmittelbar begründende, so daß von der Erfüllung ihrer Bedingung an der Kauf nicht mehr existirt. Es begründet denn auch unzweifelhaft im Falle der in diem addictio die Erfüllung der Bedingung den unmittelbaren Rückfall des übertragenen Eigenthums (l. 1 cit: quo res a domino abeat), weshalb Ulpian dasselbe ausdrücklich als ein solches betont, welches in der Zwischenzeit der Käufer hatte (L. 2 § 1, l. 4 § 3 D. de in di add.). Daß aber nicht etwa nachträglich das Eigenthum als ein vom Käufer überhaupt nicht erworbenes behandelt wird, zeigt die Behandlung der Früchte der Zwischenzeit (l. 6 pr. eod.) Ein anderer als der Fall der in diem addictio ist derjenige des pactum displicentiae (l. 3 D. quib. m. pig. 20, 6) und der lex commissoria (l. 3 C. de pact. int. emt. 4, 54), wie auch schon der Name dieser Beredungen im Gegensatze zu demjenigen der in diem addictio nicht die Veräußerung selbst als eine unter einer Beschränkung vollzogene bezeichnet. Das Gegentheil beweist nicht die auch hier begegnende Bezeichnung des Kaufes als eines solchen, der sub condicione resolvitur. Indem die Namen der venditio und emtio theils nur den Kaufcontract, theils zugleich die Veräußerung und den Erwerb des Kaufobjectes bezeichnen, so kann von einer bedingten Auflösung des Kaufes sowohl in einem umfassenderen die Auflösung der Veräußerung in sich schließenden Sinne als im Sinne ihrer Beschränkung auf den Kaufcontract die Rede sein, welche bezüglich des übertragenen Eigenthums als eines von jetzt an der causa

entbehrenden nur eine Rückforderung begründet. Ob im einzelnen Falle die Resolutivbedingung sich auf den Contract beschränkt oder auch auf die Veräußerung erstreckt, ist eine im Zweifel im Sinne ihrer beschränkteren Bedeutung zu entscheidende Frage der Auslegung. Wenn Bechmann (Kauf 2 S. 497) die Ansicht für unhaltbar erklärt, daß die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung vom Parteiwillen abhänge, so stellt er doch ein anderes hiefür entscheidendes Moment nicht auf, und wenn er für den Fall der in diem addictio die dingliche Wirkung auf ihre Unentbehrlichkeit zurückführt, so ist diese der sicherste Beweis dafür, daß jene Wirkung gewollt ist, während eine positive für jenen Fall sie verfügende Norm sich nicht nachweisen läßt.

Unter den Neueren ist bestritten, ob der unter einer Resolutivbedingung vollzogene Rechtsact ein schlechthin bedingter, ein beschränkt bedingter im Sinne der bedingten zeitlichen Begrenzung seines Inhaltes, oder eine Verbindung eines schlechthin unbedingten mit einem bedingten Rechtsacte sei. Die erste Annahme vertritt namentlich Brinz, Pand. 1. Aufl. § 330, in Consequenz seiner Auffassung des bedingt statuirten Inhaltes als eines für die Gegenwart statuirten, dessen thatsächliche Realisirung nach dem Willen des ihn Statuirenden ebensogut vorläufig Platz greifen und nachträglich zu einer von vornherein unberechtigten werden als im Falle der Suspensivbedingung vorläufig nicht Platz greifen und nachträglich zu einer solchen werden könne, welche von vornherein hätte Platz greifen sollen. Die entgegengesetzte Annahme, daß die Resolutivbedingung lediglich mit der unbedingten Statuirung eines Inhaltes die bedingte Statuirung eines anderen verbinde, bezeichnet Windscheid, Pand. § 86 Anm. 6 als die unzweifelhaft vom römischen Rechte vertretene wegen der Bezeichnung der Resolutivbedingung als einer conventio und des unter derselben vollzogenen Rechtsactes als eines solchen, welcher nicht condicionalis sei, sondern sub condicione resolvitur. Während aber die Bezeichnung des Rechtsactes als eines für den Fall der erfüllten Bedingung aufzulösenden seine Unbedingtheit ergäbe, so ist der unter einer Bedingung aufgelöste Rechtsact ein vom Zeitpunkte ihrer Erfüllung an nicht mehr existirender und daher zwar nicht schlechthin, aber doch im Sinne bedingter zeitlicher Begrenzung seines Inhaltes bedingter. Eine conventio ist die Resolutivbedingung im Sinne der mit der Begründung eines Rechtsverhältnisses verbundenen Vereinbarung seines eventuellen Erlöschens, welche aber gerade durch ihre Verbindung mit der Begründung des fraglichen Rechtes diese zu einer in Ansehung ihrer Tragweite beschränkten macht. Wäre dies nicht der Fall, so könnte nicht durch das Erlöschen des unter bedingter Begrenzung seiner Dauer begründeten Rechtszustandes der frühere Rechtszustand wieder aufleben, und es könnte die conventio nicht solche Rechte tilgen, welche, wie das Eigenthum, als ohne Beschränkung begründete nicht durch bloße conventio aufgehoben werden können. Allerdings aber verbindet die Resolutivbedingung mit der bedingten Einschränkung des statuirten Inhaltes die bedingte Forderung der Beseitigung

des Erfolges seiner bisherigen Geltung. Wenn nach B. G.-Entw. § 129, 130 die auflösende Bedingung, welche er im Anschlusse an Windscheid der aufschiebenden entgegensetzt, nicht ohne Weiteres jene Forderung begründet, so versteht er unter einer solchen nicht nur die sonst sog. Resolutivbedingung, sondern jede bedingte Begrenzung der Dauer des statuirten Inhaltes. Zugleich bezeichnet § 130 jene Forderung weder correct noch erschöpfend mit den Worten, es könne „aus dem Inhalt des Rechtsgeschäftes" sich ergeben, „daß ... die Beendigung der rechtlichen Wirkung auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden soll" und hier seien „im Falle der Erfüllung der Bedingung die Betheiligten unter einander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäftes schon in dem früheren Zeitpunkte ... geendigt hätte". Diese Fassung ist nicht erschöpfend, weil sie die Verpflichtung der positiven Beseitigung des eingetretenen Erfolges nicht erwähnt. Sie ist aber überdies falsch, da sie von einer Behandlung der eingetretenen Rechtsfolge als einer schon früher erloschenen anstatt von ihrer Behandlung als einer überhaupt nicht eingetretenen redet; in Wirklichkeit unterscheidet sich diese Behandlung derselben von ihrer Behandlung als einer von jetzt an nicht mehr existirenden gerade nur durch die Forderung der positiven Beseitigung des Erfolges ihrer bisherigen Existenz.

### γ) Die Arten der Bedingungen.

### § 49.

Als verschiedene Arten der Bedingungen unterscheidet man insbesondere die Suspensiv- und die Resolutivbedingung. Indem aber diese sich von einander nicht durch die Verschiedenheit des zur Bedingung erhobenen Umstandes, sondern durch die Verschiedenheit des Bedingten unterscheiden, so bezeichnet der Name der Resolutivbedingung nicht sowohl eine besondere Beschaffenheit als eine besondere Bedeutung des zur Bedingung erhobenen Umstandes. Von verschiedener Beschaffenheit kann dagegen dieser insbesondere dadurch sein, daß er entweder ein positiver oder ein negativer und ein vom Willen der am Rechtsacte oder an seinem Inhalte Betheiligten entweder abhängiger oder unabhängiger ist.

Eine positive Bedingung ist diejenige, deren Erfüllung durch ein bestimmtes Ereigniß erfolgt und daher dadurch ausgeschlossen wird, daß die Möglichkeit desselben wegfällt. Eine negative Bedingung ist diejenige, deren Erfüllung umgekehrt dadurch erfolgt, daß die Möglichkeit eines bestimmten Ereignisses wegfällt, so daß durch dieses Ereigniß ihre Erfüllung ausgeschlossen wird. In Ermangelung eines anderweitigen Inhaltes des geäußerten Willens

ist daher durch noch so langes Ausbleiben des fraglichen Ereignisses, falls nur sein Eintritt noch möglich ist, die Erfüllung der positiven Bedingung noch nicht ausgeschlossen und die Erfüllung der negativen Bedingung noch nicht eingetreten.

Vom Willen eines Betheiligten kann die Erfüllung der Bedingung abhängen im doppelten Sinne ihrer Abhängigkeit vom Willen desjenigen, welchem ihre Erfüllung zu gute kommt, oder desjenigen, dessen Bewilligung an ihre Erfüllung geknüpft ist. Auf den ersten Fall bezieht sich die Entgegensetzung der condicio casualis und potestiva. Wenn von dieser noch die condicio mixta oder diejenige unterschieden wird [1]), deren Erfüllung theils vom eigenen Verhalten, theils von einem anderen Umstande, insbesondere der Mitwirkung einer dritten Person abhängt, so ist damit bezüglich der Abhängigkeit der Erfüllung vom eigenen Willen nur ein Gradunterschied bezeichnet, da auch das eigene Verhalten nie ausschließlich von diesem abhängt. Die Potestativbedingung ist einerseits im Zweifel nicht eine beliebig spät erfüllbare [2]) und anderntheils eine solche, deren wirklicher Erfüllung unter Umständen der Versuch derselben gleichsteht. Dies gilt, wenn nach dem Inhalte der vollzogenen Willensäußerung das fragliche Verhalten nicht um seines Erfolges, sondern um des dadurch bewiesenen Gehorsames willen entscheidend ist, welchenfalls es übrigens eine Erfüllung der Bedingung nur als ein zum Zwecke ihrer Erfüllung beobachtetes ist [3]). Dazu kommt bei letztwilligen Ver-

---

[1]) L. un. § 7 C. de cad. toll. 6, 51.

[2]) L. 29 D. de cond. 35, 1. L. 1 § 8 D. ad. l. Falc. 35, 2, l. 20 § 5, 6 D. de statu lib. 40, 7. L. 115 § 2 D. de verb. obl. 45, 1. Bekker, Pand. 2 S. 331 Note f. will nur zugeben, daß „unter besonderen Umständen Schranken der Erfüllungszeit anzunehmen sein können", und allerdings handelt es sich lediglich um eine Frage der Auslegung; wer aber einem anderen für den Fall eines bestimmten Verhaltens etwas bewilligt, denkt im Zweifel nicht an ein in beliebiger Zukunft zu beobachtendes Verhalten; hat er an ihm überhaupt ein Interesse, so hat er gemeinhin auch daran ein Interesse, daß es in absehbarer Zeit erfolgt, und steht es in der Macht des anderen, dieses Interesse zu befriedigen, so ist nicht anzunehmen, daß ihm die Bewilligung auch für den Fall einer solchen Verzögerung gemacht werden wollte, durch welche der Werth des fraglichen Verhaltens für denjenigen, welcher die Bedingung gestellt hat, sich wesentlich mindert.

[3]) Es ist eine Frage der Auslegung, ob ein zur Bedingung erhobenes Verhalten die Geltung des fraglichen Inhaltes begründen soll wegen des dadurch

fügungen der Fall eines zu Gunsten einer dritten Person zur Bedingung erhobenen und durch die Verweigerung ihrer Mitwirkung vereitelten Erfolges[4]).

Daß die Erfüllung der Bedingung vom Willen des sie Stellenden abhängen kann, ist unbestritten, wenn der zur Bedingung erhobene Umstand ein anderweitiges Verhalten ist. Bestritten ist dagegen, ob ich einen bestimmten Inhalt zu einem von mir gewollten für den Fall meiner späteren Bestätigung dieses Willens erheben kann. Wie aber aus anderen Gründen der von mir statuirte Inhalt ein solcher sein kann, dessen Geltung durch meine Erklärung ihn gelten zu lassen bedingt ist, so kann ich auch durch meinen Willen einen bestimmten Inhalt zu einem solchen erheben, welcher einem schon jetzt von mir gewollten gleichsteht, wenn ich später ihn gelten zu lassen erkläre. Es ist eine Frage der Auslegung der vollzogenen Erklärung, ob im einzelnen Falle ein bestimmter Wille unter der Bedingung seiner späteren Bestätigung geäußert oder nur seine spätere Aeußerung in Aussicht gestellt ist. Nach allgemeinen Grundsätzen ist im Zweifel diese Frage im zweiten Sinne zu entscheiden.

Hängt die Erfüllung einer Potestativbedingung zugleich vom Verhalten des anderen Theiles ab, weil ohne dessen Mitwirkung oder Zulassung ihre Erfüllung nicht möglich ist, so darf dieser, indem er die Bedingung als eine durch die Handlung des Gegners zu erfüllende gestellt hat, ihre Erfüllung nicht durch sein Verhalten hindern, widrigenfalls die durch dieses ausgeschlossene der vollzogenen Erfüllung gleichsteht[5]).

---

bewiesenen Gehorsams, wegen seiner sonstigen Bedeutung oder wegen beider Momente.

[4]) L. 23 D. de cond. inst. 28, 7. l. 24 de cond. 35, 1. Auf Verfügungen unter Lebenden findet dies keine Anwendung; denn das Motiv der bedingten Zuwendung kann hier zum Zwecke der Entschädigung für die Leistung an einen anderen aufgehen, welcher wegfällt, wenn aus der Leistung nichts wird.

[5]) L. 50 D. de contr. emt. 18, 1. L. 85 § 7 D. de V. O. Nach Windscheid § 92 beruht diese Bestimmung „nicht auf Willensäußerung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift", was aber nicht der Fall ist. Der Satz der l. 161 de reg. iur., daß es der Erfüllung gleichstehe, quotiens per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, ist eine regula, welche nur da zutrifft, wo ihre Anwendung dem geäußerten Willen gemäß ist, und dies gilt ohne Weiteres nur im Falle einer durch das Verhalten des anderen

**Anmerkung.** Bezüglich der verschiedenen Arten der Bedingungen wirft

1) in Ansehung des Gegensatzes der positiven und negativen Bedingung Bekker, Pand. II, S. 328 die Frage auf, ob für ihn die Fassung oder die sachliche Verschiedenheit bestimmend sei. Jene kann aber schon deshalb nicht schlechthin entscheiden, weil überhaupt der Sinn einer Erklärung nie ausschließlich durch die sprachliche Form ihrer Vollziehung sich bestimmt. Bekker bezeichnet die ganze Unterscheidung als eine kaum zu haltende, da im Falle der entscheidenden sachlichen Verschiedenheit im Widerspruche mit dem gemeinen Sprachgebrauche die Bedingung „wenn ich dann noch lebe" eine negative und die andere „wenn ich dann kein Junggeselle mehr bin" eine positive wäre. Es steht aber der positive Charakter der zweiten Bedingung auch für das gemeine Bewußtsein außer Zweifel. Ist mir unter dieser Bedingung etwas zugewendet, so weiß ich, daß ich es durch die Handlung des Heirathens verdienen muß; habe ich unter ihr etwas versprochen, so weiß ich, daß durch meine Handlung das Versprechen in Kraft tritt. Kommt entscheidende Bedeutung einem bis zum Ablaufe einer bestimmten Zeit möglichen Ereignisse zu, so ist die positive Bedingung eine solche, welche vor Ablauf jener Zeit erfüllt, aber nicht vereitelt, die negative eine solche, welche vorher vereitelt aber nicht erfüllt werden kann; ist nicht nachzuweisen, ob das entscheidende Ereigniß eingetreten ist oder nicht, so gilt nach dem Ablaufe jener Zeit die positive Bedingung in Ermangelung ihrer nachgewiesenen Erfüllung als vereitelt, die negative dagegen in Ermangelung ihrer nachgewiesenen Vereitelung als erfüllt, und Niemand kann bezweifeln, daß der Bedingung des zu einer bestimmten Zeit erloschenen Junggesellenthums nicht genügt ist, wenn nicht bis dahin die Verheirathung erfolgt ist. Dagegen kann die Bedingung „wenn ich dann noch lebe" oder „wenn ich bis dahin nicht gestorben bin" als positive oder negative gemeint sein und ihr wirklicher Sinn ist eine Frage der Auslegung, für deren Beantwortung ihre Fassung zwar nicht entscheidend ist, aber doch einen Anhaltspunkt bietet. Daß ich sterbe, ist ein Ereigniß; daß ich älter werde, ist aber auch ein Ereigniß. Es kann für eine bestimmte Zeit ein bestimmter Inhalt unter der Bedingung statuirt sein, daß ich nicht vorher sterbe, so daß der Inhalt Platz greift, falls ich nicht nachweislich vorher gestorben bin; so erfolgt die Schenkung auf den Todesfall unter der negativen Bedingung, daß der Beschenkte nicht vor dem Schenker stirbt. Es kann aber ein bestimmter Inhalt auch unter der Bedingung statuirt sein, daß ich eine bestimmte Zeit erlebe oder ein bestimmtes Alter erreiche. Sowohl die positive Bedingung der Erlebung eines bestimmten Zeitpunktes als die negative des nicht vorher erfolgten Todes kann sich ausdrücklich oder stillschweigend mit

---

zu erfüllenden Bedingung; wer sie stellt, bezeichnet dadurch das fragliche Verhalten als ein seinem Interesse und Willen gemäßes, so daß er durch seine Hinderung sich mit dem geäußerten Willen in Widerspruch setzt.

anderen Bedingungen verbinden. So kann sowohl die positive Bedingung der bis zu einem bestimmten Zeitpunkte erfolgten, als die negative Bedingung der bis zu einem bestimmten Zeitpunkte nicht erfolgten Verheirathung mit der positiven Bedingung seines Erlebens oder mit der negativen Bedingung des nicht vorher erfolgten Todes verbunden sein. Kann die Bedingung, daß ein bestimmter Zustand nicht mehr existire, durch verschiedene Ereignisse erfüllt werden, so ist Bedingung der Eintritt des einen oder des anderen Ereignisses; so z. B. wenn die Bedingung, daß ich zu einer bestimmten Zeit nicht mehr Junggeselle bin, nicht nur gemeint wäre im Sinne des durch Verheirathung, sondern auch im Sinne des durch Tod erloschenen Junggesellenthums.

2) Bezüglich ihrer Abhängigkeit vom Willen desjenigen, welchem sie zu gute kommt, pflegt man auf Grund von l. un. § 7 C. de cad. toll. 6, 51 neben der condicio casualis und potestativa eine mixta zu unterscheiden; mit Recht betont aber Bekker II, S. 322y, daß es (mit Einschluß der Willensäußerung) keine Handlung gibt, deren Vollziehung ausschließlich vom Willen des Handelnden abhinge; daraus folgt aber nicht nur, „daß keine scharfe Abgrenzung zwischen c. potestat. und c. mixta möglich ist", sondern daß die eine von der anderen überhaupt nicht unterschieden werden kann.

3) Gegen die Möglichkeit eines unter der Bedingung nachträglicher Bestätigung des geäußerten Willens vollzogenen Rechtsactes beruft man sich auf l. 108 § 1 D. verb. obl. 45, 1 und das Wort des Pomponius (l. 8 D. de obl. 44, 7): sub hac condicione „si volam" nulla fit obligatio; pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis. Diese Entscheidung beruht aber darauf, daß die Uebernahme einer Verpflichtung schlechthin abgelehnt hat, wer auf die Frage: centum dabis antwortet: si volam. Wenn dagegen Ulpian in l. 17 D. de verb. obl. erklärt: stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata condicione, so erklärt er eine in dieser Weise bedingte Stipulation zwar für ungültig, aber nicht für unmöglich, und denselben Standpunkt vertritt er in l. 7 pr. D. de contr. emt. mit den Worten: neque enim debet in arbitrium rei conferri an sit obstrictus. Dagegen erklärt in l. 46 § 2 D. de verb. obl. Paulus die Stipulation cum volueris für eine solche, welche nach der Meinung Mancher schlechthin, aber nach der richtigen Meinung nur dann inutilis sei, si antequam constituas morieris. Diese Entscheidung zeigt, daß er trotz der gebrauchten temporalen Partikel an eine nicht nur bezüglich der Zeit ihrer Fälligkeit, sondern in Ansehung ihrer Existenz durch die Bestimmung des Schuldners bedingte Obligation denkt; bezeichnet er daher in § 3 die Stipulation si volueris als inutilis, so kann dies nur darauf beruhen, daß er für diesen Fall die Absicht einer nur noch von der Bestimmung des Schuldners abhängigen Obligirung verneint. Daß aber das justinianische Recht mit Paulus die von Ulpian verneinte Zulässigkeit einer von der Bestimmung des Schuldners abhängigen Obligirung annimmt, zeigt unzweideutig § 4 J. de emt. 3, 23. Es ist nicht möglich, die Zulässigkeit der Bedingung si Stichus

intra certum diem tibi placuerit mit der Unzulässigkeit einer durch das Belieben des Schuldners bedingten Obligirung durch die Hinweisung darauf zu vereinigen, daß das Wohlgefallen des Käufers am Kaufobjecte eine Sache nicht seines Willens, sondern seines Urtheiles und mit seinem Wohlgefallen am Kaufe nicht identisch sei; denn das für entscheidend erklärte Wohlgefallen an der Sache ist kein anderes als ein solches, vermöge dessen der Käufer sie zu dem bestimmten Preise gekauft haben will. Wäre die willkürliche Bestimmung des Schuldners keine mögliche Bedingung rechtsgültiger Obligirung, so wäre der Versuch, den Erfolg jener Bedingung durch ihre Einkleidung in das Gewand einer nominell von ihr verschiedenen Bedingung zu erreichen, eine ungültige Umgehung der jene ausschließenden Norm. Dagegen ist es insoferne nicht ohne Bedeutung, ob als Bedingung der eintretenden Verpflichtung geradezu die Aeußerung des entsprechenden Willens oder ein anderer, wenngleich von der willkürlichen Bestimmung des Schuldners abhängiger, Umstand genannt ist als im ersten Falle anstatt des Willens der von einer nachträglichen Bestätigung abhängenden Verpflichtung in der Regel eine Verneinung jedes Verpflichtungswillens vorliegt; ob im einzelnen Falle das eine oder das andere zutrifft, ist eine im Zweifel im Sinne des Ausschlusses jedes Verpflichtungswillens zu entscheidende Frage der Auslegung. Keinenfalls kann aber die Existenz einer durch die Bestätigung des Verpflichteten bedingten Verpflichtung für undenkbar erklärt werden; wäre sie dies, so könnte nicht nur der Privatwille, sondern auch der Wille des Rechtes nicht die Existenz einer Verpflichtung von der ratihabitio des Verpflichteten abhängig machen. Daß ebenso die Potestativbedingung in der Erklärung der Zustimmung des Bedachten zu einer an sich seiner positiven Zustimmung nicht bedürfenden Zuwendung bestehen kann, bezeugt l. 65 § 1 D. de leg. I (30) und l. 69 D. de cond. 35, 1.

### δ) Die rechtliche Bedeutung der Bedingung.

## § 50.

So lange die Erfüllung der Bedingung zwar noch nicht eingetreten, aber noch möglich ist, **schwebt** die Bedingung (pendet condicio); ist ihre Erfüllung nicht mehr möglich, so ist die Bedingung **vereitelt** (defecit condicio). Indem nun der bedingte Rechtsact vom Momente der vollzogenen Willensäußerung an als ein möglicher Weise zur Existenz gelangender der Zukunft, dagegen vom Momente der erfüllten Bedingung an der Wirklichkeit und Gegenwart angehört, so ist zu unterscheiden die rechtliche Bedeutung des **Schwebens** und der **Erfüllung** der Bedingung. Dagegen geht die Bedeutung ihrer **Vereitelung** auf im Wegfalle der Bedeutung ihres Schwebens.

Gleich der Bedeutung des nasciturus als einer zukünftigen Person (S. 98) besteht die Bedeutung des bedingten Rechtsactes als eines solchen, welcher durch die Erfüllung der Bedingung zur Existenz gelangen wird, in der Möglichkeit und bedingten Nothwendigkeit des zukünftigen Eintrittes derjenigen Rechtsfolgen, welche er als ein unbedingter sofort begründet hätte. Gleich seiner Existenz ist daher seine Bedeutung eine eventuelle oder von der Erfüllung der Bedingung abhängende, und eigene Rechtsfolgen desselben existiren nur insoferne, als die bedingte Statuirung eines bestimmten Inhaltes die unbedingte Statuirung eines anderen Inhaltes in sich schließen kann, welcher nicht um seiner selbst, sondern um der Möglichkeit zukünftiger Existenz jenes Inhaltes willen statuirt ist. So kann mit der bedingten Statuirung eines Inhaltes die Forderung der Sicherstellung seiner Realisirung sich verbinden, welche im Gegensatze zur Forderung seiner Realisirung nicht nur bezüglich eines schon jetzt zu Recht bestehenden Inhaltes, sondern auch bezüglich eines solchen begründet sein kann, welcher nur möglicher Weise in Zukunft zu Recht bestehen wird[1]). Ebenso kann der bedingte Erlaß einer Schuld ihre sofortige Stundung[2]) und die durch Tradition vollzogene bedingte Eigenthumsübertragung den sofortigen Verzicht auf die Abforderung der Sache in sich schließen[3]). Als ein mit Rücksicht auf die Möglichkeit zukünftiger Geltung eines anderen Inhaltes gewollter ist dieser accessorische Inhalt nur in so lange gewollt, als jene Möglichkeit besteht, so daß er unter einer Resolutivbedingung statuirt ist, deren Erfüllung mit der Vereitelung der Bedingung des Hauptinhaltes identisch ist.

Mit der Erfüllung der Bedingung tritt der für den Fall derselben statuirte Inhalt in Kraft als ein solcher, dessen nun-

---

[1]) Wendt (Das bedingte Forderungsrecht) sieht die Bedeutung der schwebenden Bedingung als einer ein eigenes der Gegenwart angehörendes Rechtsverhältniß begründenden in der Forderung der Sicherstellung des für den Fall der erfüllten Bedingung statuirten Erfolges. Diese Forderung ist aber nicht ohne Weiteres durch die bedingte Statuirung desselben gegeben, sondern setzt, abgesehen von dem in Ansehung seiner Sicherstellung privilegirten Vermächtnisse, eine Gefährdung jenes Erfolges voraus; es ist nicht durch seine bedingte Statuirung ihre Statuirung vollzogen, sondern nur möglicher Weise ihre Statuirung mit seiner bedingten Statuirung sei es durch den Privatwillen oder durch den Willen des Rechtes verbunden.

[2]) Dies trifft insbesondere zu im Falle der bedingten Novation. L. 54 D. de pact. 2, 14. L. 14 pr. D. de nov. 46, 2.

[3]) L. 7 in fin. D. de iur. dot. 23, 3.

mehrige Geltung der seinerzeit geäußerte Wille begründet. Wie im Falle der erfüllten Resolutivbedingung mit dem Erlöschen der bisherigen Geltung des unter derselben statuirten Inhaltes die Forderung der Beseitigung des Erfolges seiner bisherigen Geltung sich verbindet, so kann im Falle des in Ansehung seiner Existenz bedingten Rechtsactes mit der nunmehr eintretenden Geltung seines Inhaltes die Forderung der Nachholung des Erfolges sich verbinden, welchen dieselbe als eine von vornherein eingetretene gehabt hätte. Diese Forderung versteht sich aber nicht von selbst, muß vielmehr im besonderen Inhalte des geäußerten Willens ihre Begründung finden, und mit Unrecht bezeichnet man ihren Inhalt als eine vom Handelnden gewollte Rückwirkung der Erfüllung der Bedingung; denn es handelt sich nicht um eine nachträgliche Behandlung des jetzt in Kraft tretenden Inhaltes als eines schon früher in Kraft getretenen, sondern lediglich um die Verpflichtung zur Herstellung desselben Erfolges, wie wenn jener Inhalt schon früher in Kraft getreten wäre. Durch ihre Statuirung wird nicht der Hauptinhalt des bedingten Rechtsactes ein anderer, sondern es ist nur mit seiner Statuirung die Statuirung eines weiteren Inhaltes verbunden, welcher im Gegensatze zu jenem stets ein obligirender ist.

Mit der nie Platz greifenden Behandlung des durch die Erfüllung der Bedingung in Kraft tretenden Inhaltes als eines schon früher in Kraft getretenen ist nicht zu verwechseln seine nachträgliche Behandlung als eines solchen, dessen nunmehriger Eintritt von vornherein feststand. Diese hat ihren Grund darin, daß schon bisher die bedingte Nothwendigkeit seines zukünftigen Eintrittes bestand und daß nach einmal erfolgter Erfüllung der Bedingung die bisherige Möglichkeit ihres Ausbleibens nicht mehr in Betracht kommt. Daher tritt nun der statuirte Inhalt in Kraft unabhängig von den Verfügungen der Zwischenzeit, deren fernere Geltung er, soweit sie mit der seinigen nicht verträglich ist, ausschließt[4]. Demgemäß tritt er als ein vererblicher auch noch nach dem Tode derjenigen Personen, für welche er als ein sie berechtigender oder verpflichtender statuirt war, in der Person ihrer Erben in Kraft[5].

---

[4]) L. 11 § 1 D. qui pot. 20, 4. l. 69 § 1 D. de leg. I. (30). l. 105 D. de cond. 35, 1.

[5]) § 25 J. de inut. stip. 3, 19, l. 8 pr. D. de per. 18, 6. L. 2 § 5 D

Ebenso wird die Verpflichtung, welche er begründet, nicht ausgeschlossen durch solche Ereignisse der Zwischenzeit, welche eine bestehende Verpflichtung nicht aufheben, so daß die in der Zwischenzeit durch den Verpflichteten verschuldete Vereitelung der in erster Linie geschuldeten Leistung nach eingetretener Erfüllung der Bedingung die Forderung des Ersatzes begründet. Indem aber in Gemäßheit des geäußerten Willens die Geltung des bedingt statuirten Inhaltes erst durch die Erfüllung der Bedingung eintritt, so sind die objectiven Erfordernisse ihres Eintrittes solche, in Ansehung welcher nicht schon die Zeit der vollzogenen Willensäußerung, sondern erst die Zeit der erfüllten Bedingung maßgebend ist. So gelangt der unter einer Bedingung vollzogene Kauf nicht zur Existenz, wenn vor Erfüllung der Bedingung das Kaufobject untergeht [6]). So ist wegen Eigenthums des Gläubigers die Verpflichtung zur Verschaffung einer Sache ausgeschlossen im Falle des zur Zeit der erfüllten Bedingung, aber nicht schon im Falle des zur Zeit der vollzogenen Willensäußerung bestehenden Eigenthums [7]). Ebenso besteht das bedingte Vermächtniß zu Recht, wenn es nur zur Zeit der Erfüllung realisirbar ist, während sonst die regula Catoniana die Realisirbarkeit des Vermächtnisses zur Zeit seiner Errichtung fordert [8]).

**Anmerkung.** Wenn man von einer Rückwirkung der Erfüllung der Bedingung spricht, so meint man damit selbstverständlich ebensowenig als mit der Bezeichnung der Rückwirkung der Gesetze „das metaphysische Unding einer rückwärts wirkenden Ursache" (Exner, Zsch. für Priv. u. öff. R. 1, S. 233). Es ist auch nicht richtig, was Enneccerus (Rechtsgeschäft ꝛc. S. 238) betont, ein Rechtszustand könne nicht „rückwärts aufgehoben" werden, weil Gewesenes nicht zu nicht Gewesenem und nicht Gewesenes nicht zu Gewesenem werden, vielmehr nur entweder das Gewesene nachträglich als nicht gewesen behandelt oder das nachträglich als nicht gewesen sich Entpuppende vorläufig als bestehend behandelt werden könne. In Wirklichkeit bedeuten diese entgegengesetzten Formulirungen dasselbe, da die Existenz eines Rechtsverhältnisses mit seiner rechtlichen Behandlung als

---

de don. 39, 5, l. 57 D. de verb. obl. 45, 1. Von der bedingten letztwilligen Zuwendung gilt dies nicht; vielmehr wird hier die Bedingung als eine solche aufgefaßt, welche nur dann erfüllt ist, wenn bei Lebzeiten des Bedachten der entscheidende Umstand eintritt. L. 5 pr. § 2 D. quando dies 36, 2. L. 42 pr. D. de obl. et. act. 44, 7.

6) L. 8 pr. D. de per. 18, 6.

7) L. 31, 98 pr. D. de verb. obl.

8) L. 98 D. de cond. 35, 1.

eines existenten identisch ist, so daß die Frage keinen Sinn hat, ob seiner früheren Behandlung als eines nicht existenten oder existenten oder seiner späteren Behandlung als eines schon früher zur Existenz gelangten oder nie existent gewesenen die Wirklichkeit entspricht. Unstreitig kennt, wie namentlich Fitting und Brinz ausgeführt haben, das römische Recht die nachträgliche Verwandlung eines zunächst nicht existenten oder existenten Rechtsverhältnisses in ein von vornherein existentes oder nie existent gewesenes. Daraus folgt aber nicht die Möglichkeit ihrer Statuirung durch den Privatwillen, deren Ausschluß vielmehr die Behandlung der Resolutivbedingung beweist; denn wer erklärt, für einen bestimmten Fall den von ihm geäußerten Willen nicht geäußert haben zu wollen, dessen Willen wäre die nachträgliche Behandlung des vollzogenen Rechtsactes als eines nicht vollzogenen, welche doch nicht eintritt, gemäß. Im Falle des in Ansehung seiner Existenz bedingten Rechtsactes wäre dagegen dem Willen des Handelnden die nachträgliche Gleichstellung seines Inhaltes mit einem von vornherein in Kraft getretenen nie gemäß. Auch wer erklärt, für einen bestimmten Fall schon jetzt ein bestimmtes Recht erworben haben zu wollen, will es doch nicht schlechthin als ein schon früher erworbenes und daher vielleicht schon wieder durch Verjährung erloschenes behandelt wissen; vielmehr will er nur, daß nachträglich alle Vortheile ihm zukommen, welche der frühere Erwerb ihm verschafft hätte, daß also alles ihm ersetzt werde, was durch die Verzögerung seines Erwerbes ihm entgeht. Auch dieser Wille ist jedoch nicht ohne Weiteres durch die Vollziehung eines bedingten Rechtsactes geäußert. Vielmehr ist an sich der Erfolg, dessen Existenz nur bedingt statuirt ist, dadurch auch in Ansehung seines Umfanges eingeschränkt, und wer z. B. unter einer Bedingung eine Sache kauft, hat dadurch im Zweifel weder sich selbst zur nachträglichen Verzinsung des Kaufpreises für die Zeit der schwebenden Bedingung noch den Verkäufer zur Restitution der in dieser Zeit durch den Besitz des Kaufobjectes bezogenen Vortheile verpflichtet. Bestimmt sich aber der Umfang des statuirten Erfolges durch die Zeit der Erfüllung der Bedingung als diejenige, zu welcher er eintritt, so ist diese Zeit für die Erfordernisse seines Eintrittes nur insoweit maßgebend, als sie von der Persönlichkeit und dem Willen der Handelnden unabhängig sind.

Als eine Rückwirkung der Erfüllung bezeichnet man es vielfach, daß mit derselben die frühere Willensäußerung die Bedeutung eines schon durch ihre Vollziehung vollzogenen, daher trotz der Willensänderung oder des Todes der Parteien und trotz entgegenstehender Verfügungen der Zwischenzeit existenten und eine Verantwortlichkeit des Verpflichteten für das Verhalten der Zwischenzeit begründenden Rechtsactes erlangt; als eine darauf sich beschränkende ist aber die Bezeichnung der Rückwirkung irreführend. Von der Rückwirkung eines Gesetzes kann man insoferne mit Recht sprechen, als kraft seiner Bestimmung sein Inhalt für die rechtlichen Folgen früherer Thatsachen maßgebend ist, wogegen die Erfüllung der Bedingung die ihr zukommende Bedeutung nur hat durch den früher geäußerten

ihr dieselbe verleihenden Willen. Ebensowenig ist aber für jenes Verhältniß die von Fitting vorgeschlagene Bezeichnung der „Vorwirkung" zutreffend, da die durch die Vollziehung der Willensäußerung begründete Möglichkeit späteren Eintrittes der bedingt statuirten Wirkung nicht die Bedeutung einer eigenen dieser vorangehenden Vorwirkung, sondern nur die negative Bedeutung hat, den Ausschluß jener Wirkung durch bestimmte Vorgänge der Zwischenzeit nicht mehr zuzulassen. Während die römischen Juristen an dieser Bedeutung sonst nicht zweifeln, so verneint sie Ulpian in l. 9 § 1 D. de iur. dot. 23, 3 für den Fall si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, da cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. Diese Argumentation schlösse aber, wenn sie zuträfe, jede bedingte Eigenthumsübertragung aus; könnte ich durch eine solche über das Eigenthum meines Erben nicht verfügen, so müßte dasselbe vom Eigenthume desjenigen gelten, welcher pendente condicione die Sache von mir erworben hat, und würde die Geltung der bedingten Verfügung durch eine spätere ihr widersprechende Verfügung ausgeschlossen, so müßte das Gleiche von einer sonstigen Aenderung meines Willens gelten. Wenn über den Fall der l. 9 gestritten wird (vgl. Ryck, Schuldverh. S. 171 ff.), so wird doch dadurch Ulpian's Argument, daß der Erbe sein Eigenthum nicht ohne seine Zustimmung verlieren könne, nicht berührt.

Die Bedeutung des bedingt begründeten Rechtes als eines zukünftigen bezeichnen gut die Worte des Pomponius (l. 16 D. de sol. 46, 3), daß im Falle der pendente condicione vollzogenen acceptilatio der Schuldner postea condicione existente intellegitur iam olim liberatus. Der Erlaß der bedingt begründeten Schuld schließt von vornherein deren Entstehung aus; er ist aber, wie auch Papinian in l. 77 D. de reg. iur. hervorhebt, bis zur Erfüllung der Bedingung gegenstandslos, da erst durch diese die erlassene Schuld zu einer solchen wird, die ohne den Erlaß bestünde. Die Worte intellegitur iam olim liberatus bezeichnen die Schuld nicht etwa als eine schon früher existente, sondern vielmehr als eine schon vor ihrer Entstehung erlassene. Gleich dem Erlasse einer bedingten Schuld ist der Kauf einer res sperata ein bedingter, weil bis zur Entstehung der Sache gegenstandsloser; sagt von diesem Pomponius in l. 8 pr. D. de contr. emt. er geschehe mit der Folge, ut cum editus esset partus, iam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur, so kann er an eine Rückwirkung der erfüllten Bedingung im Sinne der Behandlung des Kaufes als eines schon früher in Kraft getretenen nicht denken, da früher das Kaufobject noch nicht existirte. Ebensowenig denkt aber daran Paulus, wenn er in l. 8 pr. D. de per. sagt, die Erben seien nach erfüllter Bedingung berechtigt und verpflichtet, quasi iam contracta emtione in praeteritum; denn im Falle jener Behandlung müßte die Gefahr des pendente condicione erfolgenden Unterganges der Sache den Käufer treffen, während Paulus gerade hervorhebt, daß sie (im Gegensatze zur Gefahr der

Verschlechterung) ihn erst von der Erfüllung der Bedingung an trifft. Hat aber Paulus durch die Worte in praeteritum sich ungenau ausgedrückt, so ist dagegen durchaus zutreffend der Satz des Gaius (l. 11 § 1 in fin. D. qui pot. 20, 4), daß nach erfüllter Bedingung perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset; er stellt die bedingte Stipulation nachträglich einer zur Zeit ihrer Vollziehung unbedingt vollzogenen gleich, deutet aber in keiner Weise an, daß er an die Begründung einer zu dieser Zeit und nicht erst zur Zeit der Erfüllung der Bedingung fälligen Forderung denkt. Daß der bedingt statuirte Inhalt nach eingetretener Erfüllung der Bedingung ein für die Zeit dieser schlechthin statuirter ist, betont Pomponius in l. 22 D. quando di. 36, 2. Die Bestimmung: cum is annorum quatuordecim esset factus und die andere si annorum quatuordecim factus erit erklärt er für identisch, indem durch den zweiten Ausdruck per condicionem tempus demonstratur und durch den anderen per tempus condicio. Er nimmt damit nicht etwa eine neben einer Bedingung vorliegende Zeitbestimmung, sondern lediglich eine Bedingung an, wie die Worte zeigen: utrubique tamen eadem condicio est. Wäre der bedingt statuirte Inhalt ein für die Zeit der Vollziehung der Willensäußerung statuirter, so hätte nicht, wie Justinian (§ 14 J. de inut. stip. 3, 19. L. 25 C. test. quem. 6, 23) berichtet, die condicio praepostere concepta oder die Erklärung, daß die sofortige Geltung eines bestimmten Inhaltes von einem zukünftigen Umstande abhängen solle, die Ungültigkeit der vollzogenen Willensäußerung (als einer perplexen) begründen können. Justinian hat diese Ungültigkeit nicht deshalb aufgehoben, weil er jene Fassung für eine widerspruchsfreie erachtet hätte, sondern in der Weise, daß er die mit der Stellung der Bedingung im Widerspruche stehende Bezeichnung des fraglichen Inhaltes als eines sofort in Kraft tretenden ignorirt wissen will (voluntas . . . valeat, exactione videlicet post condicionem vel diem competente).

### ε) Die unmögliche und die unsittliche Bedingung.

## § 51.

Im Falle der nothwendigen und der unmöglichen Bedingung ist anzunehmen, daß die Nothwendigkeit oder Unmöglichkeit ihrer Erfüllung dem Handelnden nicht bewußt war, da sonst im ersten Falle die Stellung der Bedingung und im zweiten die Vollziehung der ganzen Erklärung ohne Sinn wäre. Auf dieser Annahme beruht die besondere Behandlung der unmöglichen Bedingung bei letztwilligen Verfügungen. War die Unmöglichkeit dem Handelnden nicht bewußt, so wäre im Falle ihrer Kenntniß der fragliche Inhalt entweder überhaupt nicht oder aber ohne jene Bedingung

statuirt worden, und im Falle letztwilliger Verfügung wird das zweite angenommen, so daß sie die Geltung einer unbedingten hat[1]). Der unmöglichen Bedingung steht gleich die turpis condicio oder die ein unsittliches Verhalten fordernde Potestativbedingung[2]). Indem ich auf ein solches Verhalten mich nicht berufen darf, so steht es darin, daß es keinen Vortheil für mich begründen kann, einem solchen Umstande gleich, welcher dies deshalb nicht zu thun vermag, weil sein Eintritt überhaupt nicht möglich ist. Während ich aber von demjenigen Vortheile, welchen ich selbst für den Fall eines schimpflichen Verhaltens mir ausbedungen habe, schlechthin ausgeschlossen bin, so wird im Falle letztwilliger Verfügung umgekehrt die ohne mein Zuthun mir gemachte Zumuthung eines schimpflichen Verhaltens gestrichen, so daß die für den Fall derselben getroffene Verfügung die Geltung einer unbedingten hat. Von den Fällen eines zur Bedingung erhobenen unmöglichen Umstandes oder unsittlichen Verhaltens ist diejenige Bedingtheit des statuirten Inhaltes zu unterscheiden, welche eine unmögliche oder unsittliche trotz der an sich vorhandenen Möglichkeit oder Zulässigkeit des zur Bedingung erhobenen Umstandes deshalb ist, weil die Abhängigkeit des fraglichen Inhaltes von demselben eine unmögliche oder ihre Statuirung eine unsittliche ist. Im ersten Falle ist die Bedingung eine perplexe, was entweder deshalb der Fall sein kann, weil die Erfüllung der Bedingung die Existenz des Bedingten ausschließt, oder deshalb, weil sie selbst durch dessen Existenz bedingt ist[3]). Im zweiten Falle ist die Bedingung eine captatorische, welche deshalb unsittlich ist, weil durch ihre Stellung der für den Fall ihrer Erfüllung verheißene Vortheil zum Bestimmungsgrunde eines Verhaltens erhoben ist, welches zwar nicht an sich, aber als ein durch jenen Grund hervorgerufenes ein unsittliches ist[4]). Von den durch die Beschaffenheit des zur Bedingung erhobenen Umstandes unmöglichen oder unsittlichen Bedingungen unterscheiden sich die perplexen und captatorischen

---

[1]) § 10 J. de her. inst. 2, 14, l. 3 D. de cond. 35, 1.

[2]) L. 9, 14, 15 D. de cond. inst. 28, 7.

[3]) L. 16 D. de cond. inst. 28, 7. Mit Unrecht erklärt E. A. Seuffert, Arch. f. civ. Pr. 68, S. 255 die Erbeinsetzung des A und B unter der wechselseitigenBedingung, daß der andere Erbe werde, für eine solche, welche die gleichzeitige Antretung der Erbschaft durch beide zulasse.

[4]) L. 20 § 2 D. de cond. inst. 28, 7. L. 71, 72 D. de her. inst. 28, 5.

dadurch, daß im Falle derſelben auch der letztwilligen Verfügung keinerlei Geltung zukommt.

**Anmerkung.** Den Begriff der captatoriſchen Bedingung pflegt man auf das Gebiet der letztwilligen Verfügungen zu beſchränken; es muß aber wegen ſeiner verſchiedenen rechtlichen Bedeutung der Fall unſittlicher Willensbeſtimmung vom Falle der Forderung einer turpitudo unterſchieden werden, und das Charakteriſtiſche jenes Falles iſt gerade die unſittliche captatio. Es handelt ſich in demſelben um Verfügungen, quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis (l. 71 D. de her. inst.), und es kommt hier alles darauf an, ob nach den Verhältniſſen des einzelnen Falles es ſich darum handelte, durch die Verheißung eines Vortheiles den Bedachten zu einem Verhalten zu bewegen, welches nur aus höheren Beweggründen erfolgen ſoll, alſo durch jenen Beweggrund zu einem unſittlichen wird. Vgl. l. 71 § 1 D. de cond. 35, 1. Im Falle eines Verhaltens, welches als ein durch die Ausſicht auf äußere Vortheile beſtimmtes ein unſittliches iſt, bedarf es daher der Unterſcheidung, ob der für den Fall deſſelben verheißene Vortheil im Sinne eines Beſtimmungsgrundes oder nur im Sinne der Entſchädigung für die äußeren Nachtheile gemeint iſt, welche jenes Verhalten im Gefolge hat. So iſt namentlich die Verheißung eines Vortheiles unter der Bedingung des Confeſſionswechſels eine unſittliche zwar im erſten, aber nicht im zweiten Falle oder wenn ſie nur die äußeren Hinderniſſe wegräumt, welche einem unabhängig von jener Verheißung gewünſchten Confeſſionswechſel entgegenſtanden. Es gilt hier, was Celſus in l. 97 § 2 D. de verb. obl. hervorhebt: causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eius modi stipulationis est. Die Fälle der durch die Beſchaffenheit des geforderten Verhaltens und der durch ſeine Abhängigkeit von dem verheißenen Vortheile unſittlichen Bedingung ſind nicht genügend auseinandergehalten bei Arndts § 72, Anm. 5. So rechnet er zu den Fällen der zweiten Art die Bedingung der nach der lex Julia ſchon an ſich unzuläſſigen Eheloſigkeit, und eine beſondere Bewandtniß hatte es mit der condicio iuris iurandi, welche weder als eine ein unſittliches Verhalten fordernde geſtrichen wurde noch die Ungültigkeit der ganzen unter ihr getroffenen Verfügung begründete, ſondern wegen ihrer Bedenklichkeit eine geſetzliche Umdeutung erfuhr. L. 8 D. de cond. inst. 28, 7.

### ζ) Die Zuläſſigkeit der Bedingungen.

## § 51a.

Beſtimmte Rechtsacte können theils wegen ihrer Form theils wegen ihres Inhaltes nicht bedingt vollzogen werden.

Bedingter Vollziehung iſt unfähig die reale Willensäußerung ſowie eine Willenserklärung, deren Form diejenige der Conſtatirung

der durch sie begründeten Rechtsfolge als einer durch ihre Vollziehung eingetretenen ist.

Als eine bedingte kann ferner diejenige Willenserklärung nicht vollzogen werden, deren Wesen darin besteht, daß der Erklärende einen gegebenen Inhalt sich aneignet. Daher ist gleich der Annahme eines Vertragsantrages die Antretung einer Erbschaft nicht als eine bedingte möglich.

Ein bestimmter Inhalt kann sodann ein solcher sein, dessen Statuirung das Recht nur als eine unbedingte gestattet.

**Anmerkung.** Von den actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, und deren Beschaffenheit eine höchst verschiedene, aus verschiedenen Gründen die Bedingung ausschließende ist, sagt Papinian (l. 77 D. de reg. iur.), daß sie in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. Von jedem die Form der Bedingung an sich tragenden Zusatze gilt dies aber nur bezüglich solcher Rechtsacte, deren Form (wie diejenige der von Papinian als Beispiel erwähnten acceptilatio) einen solchen ausschließt. Ist die Bedingung oder Zeitbestimmung um des Inhaltes des Rechtsactes willen ausgeschlossen, so ist ein Zusatz unschädlich, welcher jenen Inhalt unberührt läßt. Wird ein Vormund bis zur Volljährigkeit des Mündels ernannt, so ist dies keine die Gültigkeit der Ernennung ausschließende Zeitbestimmung. Erkläre ich meine Annahme eines Antrages für den Fall, daß er wirklich den von mir ihm zugeschriebenen Inhalt hat, so ist dies keine die Gültigkeit meiner Annahme ausschließende Bedingung. Daß ich eine Erbschaft nicht unter der Bedingung meiner wirklichen Berufung zu ihr annehmen kann, beruht nicht auf der Unmöglichkeit bedingter Antretung, sondern darauf, daß das Recht hier in gleicher Weise wie bei der letztwilligen Verfügung, die der bedingten Vollziehung durchaus zugänglich ist, vom Handelnden das Bewußtsein seiner Fähigkeit zur Vollziehung der Handlung fordert. Eine wirkliche Antretung ist z. B. diejenige, die ich vollziehe unter der Bedingung des mir zustehenden beneficium inventarii.

## 4. Der Inhalt der Rechtsacte.

### a) Ueberhaupt.

### § 52.

Ein Rechtsact ist nur diejenige Willensäußerung, deren Inhalt rechtlicher Geltung fähig und ein solcher ist, dessen Geltung durch den Privatwillen begründet werden kann. Indem jeder Rechtsact ein Grund oder eine Bedingung der Entstehung oder Aufhebung (beziehungsweise der Erweiterung oder Einschränkung

S. 174) eines Rechtsverhältnisses ist, und indem jedes einzelne Rechtsverhältniß einer bestimmten Art von Rechtsverhältnissen angehört, so gehört jeder Rechtsact durch seinen Inhalt einer bestimmten Art von Rechtsacten an. Trägt die vollzogene Willensäußerung die Merkmale einer bestimmten Art von Rechtsacten nicht vollständig an sich, so kann sie ein Rechtsact nur als eine solche sein, deren Inhalt vom Rechte ergänzt wird. Trägt sie die Merkmale verschiedener neben einander möglicher Inhalte an sich, so liegt eine Mehrheit von Rechtsacten vor. Sind die verschiedenen Bestandtheile des Inhaltes der Willensäußerung mit einander rechtlich nicht vereinbar, so ist sie ein Rechtsact entweder überhaupt nicht, oder aber unter Ausscheidung des mit ihrem Hauptinhalte nicht verträglichen Inhaltes als eine vom Rechte berichtigte.

Von selbst versteht sich, daß ein vom Rechte verbotenes Verhalten durch den Privatwillen nicht zu einem rechtlich gebotenen erhoben werden kann, und dasselbe gilt von einem unabhängig von seinem Motive unsittlichen Verhalten. Ist dagegen eine Willensäußerung aus einem anderen Grunde als demjenigen der Unzulässigkeit ihres Inhaltes verboten, so ist die Frage ihrer Gültigkeit eine allerdings im Zweifel zu verneinende Frage der Auslegung der sie verbietenden Norm[1]).

Der Inhalt der Rechtsacte einer bestimmten Art ist dem einzelnen ihr angehörenden Rechtsacte theils nothwendig eigen, theils in Ermangelung anderweitiger Bestimmung eigen, theils nicht ohne besondere Bestimmung eigen, was man auszudrücken pflegt durch die Unterscheidung der essentialia, naturalia und accidentalia. Der den Rechtsacten einer bestimmten Art nicht ohne besondere Bestimmung eigene Inhalt ist nicht zu verwechseln mit einem den Rechtsacten jener Art fremden Inhalte; ist die Statuirung eines solchen mit einem Rechtsacte von bestimmter Art verbunden, so liegen mehrere Rechtsacte vor, zwischen welchen aber theils kraft rechtlicher Nothwendigkeit theils kraft Privatwillens das

[1]) Unstreitig ist in l. 5 C. de leg. 1, 14 die Nichtigkeit verbotener Rechtsacte schlechthin vorgeschrieben. Den Gegenstand dieser Vorschrift bildet aber die Auslegung der einen Rechtsact verbietenden Normen, so daß sie gleich jeder Auslegungsregel nur zur Anwendung kommen kann, wenn nicht der Sinn der einzelnen Norm das Gegentheil ergibt.

Verhältniß eines principalen und eines accessorischen oder nicht ohne jenen existirenden Rechtsactes bestehen kann. So liegt im Falle eines verzinslichen Darlehens ein Darlehensvertrag und ein Zinsvertrag vor. Dagegen ist z. B. beim Leihvertrage die Ersatzpflicht im Falle des dolus ein essentiale, im Falle der culpa ein naturale, im Falle des casus ein accidentale, d. h. sie besteht im ersten Falle unbedingt, im zweiten als eine nicht wegbedungene und im dritten zwar nur als eine ausbedungene, jedoch so, daß diese Steigerung des ohne besondere Bestimmung Platz greifenden Inhaltes nicht über die Grenzen hinausgeht, innerhalb welcher der mögliche Inhalt eines Leihvertrages sich bewegt. Diejenigen Bestimmungen, welche den einem Rechtsacte der fraglichen Art an sich zukommenden Inhalt ändern, sind Nebenbestimmungen; dieselben sind theils erweiternde, theils einschränkende, indem sie entweder einen den Rechtsacten der fraglichen Art ohne besondere Bestimmung nicht zukommenden Inhalt statuiren oder einen denselben ohne besondere Bestimmung zukommenden Inhalt ausschließen. Eine einschränkende Nebenbestimmung ist insbesondere die Zeitbestimmung, welche den Inhalt des Rechtsactes zeitlich enger begrenzt als er ohne sie begrenzt wäre. Dagegen ist die Auflage eine eigene Willensäußerung, welche aber nicht die unmittelbare Geltung ihres eigenen Inhaltes, sondern nur eine mittelbare Beschränkung desjenigen Inhaltes begründet, mit dessen Statuirung sie verbunden ist.

**Anmerkung.** Die hergebrachte Unterscheidung der essentialia, naturalia und accidentalia negotii ist insoferne irreführend, als sie vom Inhalte des einzelnen Rechtsactes zu sprechen scheint, während sie in Wirklichkeit auf denjenigen Inhalt sich bezieht, welcher jedem Rechtsacte einer bestimmten Art möglicher Weise zukommt. Mit Unrecht bezeichnet Bekker (Pand. § 97) diese Unterscheidung als eine solche nicht des Inhaltes, sondern nur der Rechtsfolgen, da jener auf die nicht eigens als gewollt bezeichneten naturalia sich nicht erstrecke; denn der von mir geäußerte Wille erstreckt sich auch auf die mir nicht bewußten Consequenzen des von mir als gewollt Erklärten, welche nicht nur naturalia, sondern selbst essentialia sein können, und es besteht in dieser Richtung z. B. kein Unterschied zwischen der durch einen Kauf im Zweifel begründeten Evictionspflicht und dem durch eine Verpfändung nothwendig begründeten Verkaufsrechte. Als Gegenstände des geäußerten Willens unterscheidet Bekker „den Typus, welchem das concrete Rechtsgeschäft angehören soll; die individualisirenden Bestimmungen, mit denen der mit dem

Typus gegebene Rahmen zu erfüllen ist, um ein concretes Geschäft entstehen zu lassen; die Nebenbestimmungen, durch welche die dem Typus entsprechenden abänderlichen Rechtsfolgenormen abgeändert werden; die Nebengeschäfte, die außerhalb des Typus gelegene Rechtsfolgen mit dem concreten Geschäft verbinden". Die concrete Bestimmtheit des Inhaltes ist aber nicht neben seinem Gattungscharakter gewollt; vielmehr bestimmt sich dieser durch jene. Kaufe ich eine bestimmte Sache, so äußere ich nicht neben einander den Willen, einen Kaufvertrag zu vollziehen, und diese bestimmte Sache um diesen bestimmten Preis zu erwerben; sondern dieser Wille schließt den Willen der Vollziehung eines Kaufvertrages in sich, so daß der Typus Gegenstand des Privatwillens nur ist als ein durch dessen concreten Inhalt gegebener, wie umgekehrt dieser ein rechtsgültig gewollter nur ist als ein die Merkmale eines bestimmten Typus an sich tragender. Liegt nun der Inhalt meines Willens theils innerhalb theils außerhalb der Grenzen eines bestimmten Typus, so ist mit einem Rechtsacte der fraglichen Art ein anderer verbunden, dessen Existenz gleichfalls dadurch bedingt ist, daß er den Erfordernissen einer bestimmten Art entspricht. Von diesem Falle ist aber zu unterscheiden der Fall eines nicht außerhalb der Grenzen jenes Typus liegenden, aber den Exemplaren desselben nicht ohne besondere Bestimmung eigenen Inhaltes. Dieser ist gleich dem den Exemplaren des Typus im Zweifel eigenen Inhalte ein für Rechtsacte der fraglichen Art nicht nothwendiger, aber möglicher, oder ein denselben nicht unbedingt aber bedingt eigener Inhalt, indem nur die Bedingung seiner Geltung im einen Falle die negative einer im einzelnen Falle nicht getroffenen Bestimmung, im anderen die positive der im einzelnen Falle getroffenen Bestimmung ist. Indem Gegenstand dieser theils die Statuirung eines den Rechtsacten der fraglichen Art nicht ohne sie eigenen Inhaltes theils der Ausschluß eines ohne sie den Rechtsacten der fraglichen Art eigenen Inhaltes ist, so ist Gegenstand der Nebenbestimmungen theils die Statuirung eines accidentalen, theils der Ausschluß eines naturalen Inhaltes. Wären, wie Brinz (Pand. 1. Aufl. § 338) und Bekker wollen, die accidentalia nichts anderes als wegbedungene naturalia, so wären die accidentalia nicht gleich den naturalia ein möglicher, aber im Gegensatze zu den essentialia nicht nothwendiger Inhalt der Rechtsacte der fraglichen Art, sondern lediglich eine Negation eines möglichen Inhaltes derselben. Sind dagegen innerhalb des Inhaltes einer bestimmten Art von Rechtsacten von seinen wesentlichen Bestandtheilen solche zu unterscheiden, welche theils im negativen Sinne der Möglichkeit ihres Ausschlusses theils im positiven Sinne der Nothwendigkeit ihrer besonderen Bestimmung vom Privatwillen abhängen, so ergibt sich daraus die Möglichkeit zweier Arten von Nebenbestimmungen. Würden diese „die typische Gestalt der Hauptgeschäfte ändern" (Bekker S. 286), so würden sie ihren Namen mit Unrecht führen, während sie vielmehr den Inhalt des Rechtsactes an solchen Punkten bestimmen, an welchen dieser unbeschadet seiner

typischen Gestalt der Bestimmung durch den Privatwillen zugänglich ist. Wäre eine solche Bestimmung im Sinne der Erweiterung des an sich durch den Typus gegebenen Inhaltes nicht möglich, so wäre die Kategorie der accidentalia ohne Berechtigung. Brinz selbst betont, bei obligatorischen Geschäften sei „die Prästation des casus und der culpa, die der Eviction und der Mängel nur naturaliter bestimmt und also derogatorischer Beliebung ausgesetzt" (S. 1531) und er erkennt an, daß diese Beliebung nicht nur eine Ermäßigung, sondern auch eine Steigerung der Haftung begründen kann (S. 1532); vom pactum antichreticum sagt er mit Recht, es sei nicht mehr bloße Nebenbestimmung, weil es über die Verpfändung hinausgreife, während er der nach älterem Rechte bestehenden Möglichkeit gedenkt, den Inhalt der Verpfändung als solcher durch Nebenbestimmung zu steigern (lex commissoria). Wenn daher Brinz (S. 1534) innerhalb der Nebengeschäfte einschränkende und erweiternde unterscheidet, so findet mit noch höherem Rechte diese Unterscheidung auf die Nebenbestimmungen Anwendung, welche denjenigen Inhalt, welchen der Rechtsact ohne sie hätte, unmittelbar einschränken oder erweitern, während die Nebengeschäfte ihm einen anderen beifügen, welcher als ein nicht ohne jenen gewollter den Zweck hat, dessen Erfolg theils zu unterstützen oder zu erweitern theils einzuschränken oder rückgängig zu machen.

### b) Die Nebenbestimmungen.

#### α) Die Zeitbestimmung.

#### § 53.

Die Zeit, von welcher an der durch einen Rechtsact statuirte Inhalt gilt, ist an sich gegeben durch die Zeit der Vollziehung des Rechtsactes und die Zeit der Erfüllung derjenigen Erfordernisse, von welchen nach der Bestimmung des Rechtes die Geltung seines Inhaltes abhängt. Die Zeit, bis zu welcher der durch einen Rechtsact statuirte Inhalt gilt, ist an sich gegeben durch die vom Rechte bestimmten Gründe seiner Aufhebung, indem die Geltung des rechtsgültig statuirten Inhaltes so lange dauert, bis einer jener Gründe eintritt. Es kann aber durch besondere Bestimmung die Geltung des statuirten Inhaltes einer engeren zeitlichen Begrenzung unterliegen, indem er statuirt ist als ein nur von einem bestimmten Zeitpunkte an geltender oder als ein nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkte geltender. Die Zeitbestimmung ist daher eine Statuirung theils eines Anfangstermines theils eines Endtermines der Geltung des statuirten Inhaltes [1]).

---

[1]) Die Römer unterscheiden ex die und ad diem (l. 34 D. de her.

Durch die Erreichung des Endtermines erlischt, wenn der fragliche Inhalt ein solcher ist, dessen Statuirung auf Zeit das Recht zuläßt, seine Geltung schlechthin [2]); dagegen ist bestritten, ob im Falle des Anfangstermines bis zu seiner Erreichung der fragliche Inhalt jeder Geltung entbehrt. Bis dahin ist er zwar nicht ein bereits geltender, aber ein solcher, dessen zukünftige Geltung bereits feststeht. Während nun die Gewißheit zukünftiger Existenz eines dinglichen Rechtes nicht schon die gegenwärtige Existenz eines solchen begründet [3]), so begründet die Gewißheit einer in Zukunft zu vollziehenden Leistung schon jetzt eine Verbindlichkeit zwar nicht im Sinne der schon jetzt bestehenden Forderung ihrer Erfüllung, aber im Sinne der schon jetzt bestehenden Möglichkeit derselben und der schon jetzt bestehenden Verpflichtung zu einem die Möglichkeit ihrer zukünftigen Erfüllung nicht beeinträchtigenden Verhalten. Wenn daher die mit einer Zeitbestimmung begründete Obligation theils als eine schon jetzt bestehende, aber erst später zu erfüllende und exigible, theils als eine erst mit dem bestimmten Termine zur Existenz gelangende bezeichnet wird, so versteht die zweite Bezeichnung die Obligation im engeren Sinne der Schuld oder der eine gegenwärtigen Forderung begründenden Verpflichtung, während dieselbe Verpflichtung im weiteren Sinne einer zwar erst in Zukunft eine Forderung begründenden, aber schon jetzt erfüllbaren und bindenden von Anfang an bestand [4]).

Nach der Art der Bestimmung des Termines unterscheidet man einen dies certus und incertus im doppelten Sinne eines in Ansehung seines Eintrittes oder der Zeit desselben von vornherein feststehenden oder nicht feststehenden [5]). Jede Ungewißheit des Termines begründet aber eine Bedingtheit dessen, was vermöge derselben von einem erst in Zukunft sich entscheidenden Umstande abhängt. Ist daher der Anfangstermin ein solcher, von welchem

---

inst. 28, 5) oder was ex die incipit und was confertur in diem (l. 44 § 1 D. de obl. et. act. 44, 7).

[2]) § 3 J. de verb. obl. 3, 15.

[3]) L. 1 § 2 D. quib. mod. usfr. 7, 4. L. 9 § 2 D. usfr. quem. 7, 9. L. 72 § 5 D. de cond. 35, 1.

[4]) § 2 J. de verb. obl. 3, 15, l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7, L. 41 § 1, 46 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

[5]) Gai I 186, II 250, III 124, L. 1 § 2, l. 75 D. de cond. 35, 1. L. 16—18 D. de cond. ind. 12, 6.

nicht feststeht, ob er eintreten wird, so ist der Rechtsact in Ansehung seiner ganzen Existenz ein bedingter. Steht nur die Zeit seines Eintrittes nicht fest, so ist der Rechtsact nur in Ansehung des zeitlichen Umfanges seines Inhaltes ein bedingter, und dasselbe gilt im Falle eines in irgend einem Sinne ungewissen Endtermines. Ist der Termin vom Belieben eines Betheiligten abhängig gemacht, so tritt er in Ermangelung einer durch diesen getroffenen Bestimmung mit seinem Tode ein[6]).

**Anmerkung 1.** Bekker (Pand. II, S. 303) unterscheidet solche Zeitbestimmungen, welche Nebenbestimmungen, und solche, welche individualisirende Bestimmungen sind. Könnten aber Rechtsacte von bestimmter Art ohne Zeitbestimmung nicht vollzogen werden, so wäre diese ein essentiale, während sie stets eine Nebenbestimmung ist, wenn sie den Inhalt des Rechtsactes einer ohne sie nicht bestehenden zeitlichen Begrenzung unterwirft. Dies gilt insbesondere in dem von Bekker erwähnten Beispiele der Pacht und Miethe, für welche die Zeitbestimmung ein essentiale wäre, wenn sie nur auf bestimmte Zeit vollzogen werden könnte. Die Bestimmung der Pachtzeit hat die doppelte Bedeutung, das ohne sie nicht eintretende Erlöschen der Pacht durch Zeitablauf zu begründen und das ohne sie eintretende Erlöschen derselben durch einseitigen Rücktritt auszuschließen; sie ist also nicht eine bloße Zeitbestimmung, sondern eine Nebenbestimmung von doppeltem das Verhältniß sowohl begrenzendem als festigendem Inhalte. Daß vermöge der Auffassung dieser Bestimmung als einer Nebenbestimmung im Falle der Bestreitung der vom anderen Theile behaupteten bestimmten Pachtzeit, wie Bekker meint, der Verpächter ohne Beweis der Zeitschranke die Sache nicht zurückfordern könnte oder der Pächter über die von ihm nicht bewiesene Pachtzeit hinaus zahlen müßte, ist durch den in Ermangelung einer bestimmten Pachtzeit jedem Theile jederzeit zustehenden Rücktritt ausgeschlossen.

**Anmerkung 2.** In Ansehung der Bedeutung der Zeitbestimmung ist

1) bestritten, ob die Bestimmung eines Anfangstermines die Existenz oder nur die Geltendmachung des fraglichen Rechtsverhältnisses hinausschiebe. Es ist aber die rechtliche Existenz eines bestimmten Inhaltes mit seiner Geltung identisch und durch diese die Möglichkeit seiner Geltendmachung gegeben. Unzweifelhaft ist der Sinn der Statuirung eines Inhaltes für eine spätere Zeit derjenige seiner Statuirung als eines erst später Platz greifenden. Eine andere und nach Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse verschieden zu beantwortende Frage ist es aber, ob die Gewißheit zukünftiger Geltung eines bestimmten Inhaltes schon die gegenwärtige Existenz des Rechtsverhältnisses be-

---

[6]) L. 41 § 13 D. de leg. III (32). L. 4 D. loc. 19, 2.

gründet, welches von der Erreichung des Termines an jenen Inhalt haben wird. Dies ist der Fall bei Obligationen und nur bei diesen, da die schon jetzt bestehende Verpflichtung zukünftiger Leistung von der späteren Verpflichtung sofortiger Leistung sich zwar dadurch, aber auch nur dadurch unterscheidet, daß sie die Nothwendigkeit sofortiger Vollziehung jener Leistung nicht begründet, während doch jetzt schon sowohl die Nothwendigkeit zukünftiger als auch die Möglichkeit der schon jetzt eintretenden Erfüllung besteht.

2) Bezüglich des Endtermines ist die Möglichkeit seinerBestimmung im Sinne einer unmittelbaren zeitlichen Begrenzung des statuirten Inhaltes bestritten. Unstreitig können Rechte an fremder Sache und Obligationen als solche begründet werden, welche mit einem bestimmten Zeitpunkte wieder erlöschen; wobei es für das heutige Recht ohne Bedeutung ist, daß Prädialservituten und Obligationen durch die Erreichung des Termines nicht ipso iure, sondern nur ope exceptionis erloschen (l. 4 pr. D. si serv. 8, 1, l. 44 § 1 de obl. 44, 7). Während die Begründung der genannten Rechte auf Zeit sich auch als eine Verbindung ihrer Begründung mit ihrer für einen späteren Zeitpunkt verfügten Aufhebung betrachten läßt, so kann diese Auffassung die Möglichkeit nicht begründen, das Eigenthum auf Zeit zu übertragen, da der Rückfall desselben an den Tradenten als ein durch einen eigenen Rechtsact sich vollziehender die Retradition fordern würde. Schon die römischen Juristen haben aber die Möglichkeit einer das Eigenthum auf Zeit übertragenden und mit ihrem Ablaufe seinen unmittelbaren Rückfall begründenden Tradition anerkannt, und wenn sie dies nur gethan haben im Falle eines bonae fidei negotium, dessen Auflösung zugleich die Verpflichtung begründete, den Erfolg der Zwischenzeit wiederaufzuheben (§ 48), so besteht für uns kein Unterschied mehr zwischen bonae fidei negotia und anderen Rechtsacten, und ist nicht abzusehen, warum die Statuirung eines Inhaltes auf Zeit, wenn sie in Verbindung mit jener Verpflichtung möglich ist, nicht auch ohne dieselbe möglich sein sollte. Es ist denn auch die Möglichkeit der Eigenthumsübertragung auf Zeit für den Fall der Schenkung anerkannt in Diocletian's l. 2 C. de don. sub modo 8, 55. Sie behandelt eine ita, ut post mortem eius, qui accepit, ad te rediret geschenkte praediorum proprietas, geht also von der Absicht eines mit dem Tode des Beschenkten unmittelbar eintretenden Rückfalles aus. Sie erklärt: donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, erkennt also ausdrücklich die Schenkung an als eine nur ad tempus erfolgte. Beigefügt ist freilich noch lege scilicet quae ei imposita est conservanda. Indem diese Worte anstatt einer unmittelbaren zeitlichen Begrenzung eine bloße Verpflichtung annehmen, so stehen sie mit dem Vorhergehenden im Widerspruch. Die Stelle ist daher interpolirt und Diocletian (welcher wohl noch die mancipatio im Auge hatte) wird der zeitlichen Begrenzung nur die Bedeutung einer Obligirung zuerkannt haben. Um so mehr ist aber als der Standpunkt der justinianischen Compilation der entgegengesetzte anzunehmen, welcher durch die

justinianische Fassung unzweideutig zum Ausdrucke gelangt, wenngleich aus Versehen die zu ihm nicht passenden Schlußworte stehen geblieben sind.

Im Falle der Zeitbestimmung redet man auch von einem befristeten Rechtsgeschäfte, welches man dem bedingten entgegensetzt. Jene Bezeichnung ist aber unpassend, da im Falle der Zeitbestimmung sofort ein Rechtsact existirt, der von anderen Rechtsacten nur durch den geringeren zeitlichen Umfang seines Inhaltes sich unterscheidet. Siméon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts 1889, findet das Wesen der Zeitbestimmung in einer Zerspaltung des Rechtsverhältnisses, vermöge welcher seine Bestandtheile theils sofort theils erst mit der Erreichung des Termines bestehen, und zwar sei der bei allen Rechtsverhältnissen von Anfang an vorhandene Bestandtheil die Zweckbestimmung und die durch diese gegebene Anwartschaft oder Gebundenheit. Dieser „Bestandtheil" des Rechtsverhältnisses ist aber lediglich eine Consequenz der durch den Rechtsact begründeten Gewißheit seiner zukünftigen Existenz. Wenn das bedingt begründete Rechtsverhältniß von eventueller Bedeutung ist als ein möglicher Weise in Zukunft existirendes, so kommt dem ex die begründeten die Bedeutung eines in Zukunft existirenden Rechtsverhältnisses und damit die Bedeutung, alle mit ihm nicht vereinbaren Rechtsverhältnisse für die Zeit seines Eintrittes auszuschließen, schlechthin zu. Ein jetzt schon bestehendes Recht begründet der Rechtsact nur als Consequenz der zukünftigen Existenz des ex die Platz greifenden Inhaltes; fordert dieser von einer bestimmten Person die nunmehrige Realisirung eines bestimmten Erfolges, so verpflichtet diese Forderung als eine für die Zukunft feststehende schon jetzt zwar nicht zur sofortigen, aber zur zukünftigen Realisirung jenes Erfolges und damit zur sofortigen Unterlassung ihrer Vereitelung. Bestünde in jener „Spaltung" das entscheidende Merkmal des „befristeten" Rechtsgeschäftes, so läge ein solches im Falle eines Endtermines überhaupt nicht vor, während dessen Bedeutung von derjenigen des Anfangstermines sich nur dadurch unterscheidet, daß das nicht mehr Bestehende ein schlechthin Abgethanes, das noch nicht Bestehende dagegen als ein solches, dessen zukünftige Existenz feststeht, schon jetzt von Bedeutung ist; wollte man dem entgegnen, daß der Zukunft keine Bedeutung für die Gegenwart zuzukommen vermöge, so übertrüge man mit Unrecht auf das Gebiet der rechtlichen Existenz, was im Gebiete der realen Existenz gilt.

Der B. G.-Entw., welcher in wenig glücklicher Weise von einem als Anfangs- oder Endtermin einem Rechtsgeschäfte beigefügten künftigen Zeitpunkte oder Ereignisse spricht, bezeichnet im Falle des Anfangstermines „die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäftes" als eine sofort eintretende, deren „Geltendmachung" nur hinaus geschoben sei (§ 141); womit er die Bedeutung des Rechtsactes vor der Erreichung des Termines theils zu hoch theils zu niedrig anschlägt, da bis zu dieser keineswegs jede Geltendmachung des Rechtsactes oder seines Inhaltes (z. B. durch Feststellungsklage oder Forderung von Sicherheitsleistung) ausgeschlossen ist; in Wirklichkeit wäre nicht nur die Annahme einer

rechtlichen Existenz, die in keiner Weise geltend gemacht werden könnte, ein leeres Wort, sondern es ist auch umgekehrt nicht jede gegenwärtige Geltendmachung einer zukünftigen rechtlichen Existenz ausgeschlossen.

### β) Die Auflage.

### § 54.

Ist in Verbindung mit einer Zuwendung der Wille eines bestimmten Verhaltens des Bedachten geäußert, so ist im Falle einer von diesem geschuldeten Leistung der Inhalt des Rechtsactes ein zusammengesetzter. Es kann aber eine Zuwendung auch mit der Maßgabe erfolgen, daß der Empfänger ein bestimmtes Verhalten beobachten soll, ohne doch es von Rechtswegen zu schulden, sei es nun, weil es ein vom Empfänger geschuldetes nicht zu sein vermag, oder, weil seine Beobachtung nicht als eine erzwingbare gewollt ist. Die Aeußerung eines solchen Willens ist im Falle ihrer Verbindung mit einer Zuwendung an den zum fraglichen Verhalten Aufgeforderten zwar nicht eine rechtlich verpflichtende, aber doch von rechtlicher Bedeutung dadurch, daß die willkürliche Unterlassung seiner Befolgung die Rückforderung des Zugewendeten begründet. Die Zuwendung war hier unter einer Auflage[1]) erfolgt. Indem auf ihre Erfüllung gerechnet war, so war der Fall des Gegentheils nicht vorgesehen und ist die in diesem Falle Platz greifende Rückforderung nicht eine durch die Handelnden statuirte, sondern eine durch das Recht bestimmte Folge der durch die Handelnden statuirten Auflage als einer solchen, deren willkürlich unterlassene Erfüllung den Empfang des Zugewendeten zu einem unverdienten macht[2]). Im Falle letztwilliger Verfügung kann das unter einer Auflage Zugewendete dem Bedachten bis zur Sicherstellung ihrer Erfüllung vorenthalten werden und kann außerdem behufs ihrer Erfüllung die Obrigkeit

---

[1]) Auf die Auflage finden die Bezeichnungen der condicio und des modus Anwendung, ohne technische zu sein; ihre Verschiedenheit von der Bedingung präcisirt l. 80 D. de cond.

[2]) L. 10 C. de cond. ob caus. dat. 4, 6. Wenn hier allgemein von einer causa die Rede ist, um deren willen gegeben wird, so ist sie doch zu denken als eine vom Empfänger zu realisirende oder als Gegenstand einer Auflage, da sie nur in diesem Falle eine solche sein kann, die culpa accipientis secuta non est.

einschreiten, wodurch aber ihre Erfüllung nicht zu einer privatrechtlich geschuldeten wird[3]).

Die Bedeutung eines bloßen modus oder einer mittelbaren Beschränkung der Zuwendung hat die Auflage theils im Sinne einer Beschränkung ihres Bestandes theils im Sinne einer Beschränkung ihres Maßes als eines solchen, welches um den Betrag der dem Empfänger auferlegten Aufwendung sich mindert. Im ersten Sinne ist die Auflage bei Zuwendungen jeder Art, im zweiten ist sie nur bei solchen Zuwendungen von rechtlicher Bedeutung, deren Gültigkeit, wie diejenige der Vermächtnisse und unter Umständen der Schenkungen, von ihrem Maße abhängt[4]).

**Anmerkung.** Ist mit einer Zuwendung eine selbständige Obligirung ihres Empfängers gegen ihren Urheber verbunden, so ist diese nicht ein bloßer modus jener. Dasselbe gilt aber im Falle der mit einer Zuwendung verbundenen Obligirung des Empfängers gegen eine dritte Person, da durch diese mit der einen Zuwendung eine andere sich verbindet. Daher ist kein modus das Vermächtniß, und wenn nach neuerem Rechte die mit einer Schenkung verbundene Verpflichtung einer Leistung an eine dritte Person eine Forderung dieser begründet (l. 3 C. de don. s. m. 8, 54), so ist dadurch diese Verpflichtung des Charakters einer bloßen Auflage entkleidet und die mit ihr verbundene Zuwendung zu einer Verbindung zweier Zuwendungen erhoben. Indem die rechtliche Bedeutung der Auflage in der durch sie begründeten Beschränkung des Erfolges der Zuwendung aufgeht, so ist sie zwar eine eigene mit der Zuwendung verbundene Willensäußerung, aber nicht ein eigener mit jener verbundenen Rechtsact; denn ihr Inhalt entbehrt der eigenen rechtlichen Geltung. Wenn behufs Erfüllung letztwilliger Auflagen die Obrigkeit eingreift, so ist dies eine mit der ausdrücklichen Anerkennung der Auflage als einer nicht eigentlich obligirenden verbundene Besonderheit (L. 50 § 1 D. de her. pet. 5, 3. L. 7 D. de ann. leg. 33, 1). Nach Savigny

---

[3]) L. 71, 80 D. de cond. 35, 1. L. 7 D. de ann. leg. 33, 1.

[4]) Die insbesondere von Böcking, Pand. d. R.-P.-R. § 115 angenommene Beschränkung des modus auf Schenkungen und Vermächtnisse ist daher einseitig; eine den Betrag dieser mittelbar ermäßigende ist die Auflage nur, wenn sie eine Aufwendung fordert, deren Betrag hinter dem Betrage der Zuwendung zurückbleibt. Fordert sie überhaupt keine Aufwendung, so berührt sie den Betrag der Zuwendung überhaupt nicht; erreicht der Betrag der geforderten Aufwendung den Betrag der Zuwendung, so ist der Erfolg dieser, den Empfänger zu bereichern, nicht eingeschränkt, sondern aufgehoben. Es liegt aber nicht im Begriffe der Auflage, daß ihr Maß das Maß der Zuwendung nicht erreicht oder übersteigt, und es liegt nicht in ihrem Begriffe, daß ihr Object eine Leistung von bestimmtem Vermögenswerthe ist; vielmehr sind Object derselben namentlich auch solche Handlungen, welche geradezu geschuldete wegen ihres Inhaltes nicht zu sein vermögen.

(Syst. § 128 f.) ist dem modus gerade die Obligirung wesentlich, welche ein bloßer modus der Zuwendung dadurch sein soll, daß sie deren Erfolg einschränkt. Indem dagegen nach Brinz (Pand. 1. Aufl. § 340) die mit einer Zuwendung verbundene Obligirung als solche ein modus jener ist, so sieht er consequent in jedem Realcontracte eine datio sub modo (Krit. Bl. 1, S. 29 ff.), so daß der modus anstatt einer Nebenbestimmung ein der Zuwendung ebenbürtiger Bestandtheil des beide mit einander verbindenden Rechtsactes wäre. Neuerdings bezeichnet dagegen Bekker (Pand. § 118) als Kennzeichen des eigentlichen modus „die Verpflichtung ex re: keine Gebundenheit über empfangene Bereicherung hinaus, kein Zwang als durch Entziehung der Bereicherung“. Von diesen Momenten ist aber das erste in demjenigen Sinne, in welchem es allein zutrifft, mit dem zweiten identisch, während der Begriff der Auflage weder durch ein bestimmtes Maß noch durch eine bestimmte Art des durch sie dem Empfänger auferlegten Opfers bedingt ist; würde ich z. B. dem Eigenthümer eines Gartens eine Geldsumme mit der Auflage zuwenden, seinen Garten der allgemeinen Benützung zu öffnen, so wäre die Bedeutung dieser Auflage unabhängig vom Verhältnisse des auferlegten Opfers zum Werthe der Zuwendung.

An die Stelle der Auflage setzt Windscheid (Die Lehre des R. R. von der Voraussetzung 1850) die Voraussetzung. Verstehen wir unter dieser die Erwartung eines zukünftigen Umstandes, so liegt im Falle der Auflage allerdings eine solche vor, welche aber von anderen Erwartungen sich dadurch unterscheidet, daß es ein bestimmtes Verhalten des Bedachten ist, welches erwartet wird, und daß auf die Erfüllung dieser Erwartung gerechnet wird. Wäre der Bedachte nicht entschlossen diese Erwartung zu erfüllen, so dürfte er die unter der Auflage ihrer Erfüllung erfolgte Zuwendung nicht annehmen; ist er dagegen ohne seine Schuld außer Stande, die Erwartung zu erfüllen, so behält er das Zugewendete. Windscheid erklärt dies aus „der die Voraussetzung begleitenden Verpflichtung“ (Pand. § 100 Anm. 6); im Falle der Auflage besteht aber nicht neben einander das Verhältniß der Erwartung und der Verpflichtung, sondern der besondere Gegenstand der hier ausgesprochenen Erwartung ist es, vermöge dessen ihre durch den Bedachten verschuldete, aber nicht ihre zufällige Vereitelung die im Vertrauen auf die Erfüllung der Auflage erfolgte Zuwendung zu einer unverdienten macht. Die Bezeichnung der Bedingung (und ebenso der condicio) umfaßt auch die Auflage. Ob die „Bedingung“ eines bestimmten Verhaltens den Sinn einer wirklichen Bedingung, einer Obligirung oder einer bloßen Auflage hat, ist eine im Zweifel im Sinne der Auflage zu entscheidende Frage der Auslegung. Mehr als eine Auflage kann nicht vorliegen, wenn die Statuirung einer obligatio ausgeschlossen ist, weil kein möglicher Gegenstand einer solchen vorliegt, und die Statuirung einer Bedingung ausgeschlossen ist, weil sie als eine solche, deren Erfüllung erst durch die Zuwendung ermöglicht wird, eine perplexe wäre. Der B. G.-Entw. behandelt die Auflage, deren er bei der Schenkung (§ 448) und letztwilligen

Zuwendung gedenkt (§ 1886—88), durchweg als eine obligirende im Zusammenhange damit, daß er jedes beliebige Verhalten, wenn es nur nicht ein unerlaubtes ist, als möglichen Gegenstand einer Obligation ansieht. Die Auflage einen bestimmten Namen zu führen, die in seinem eigenen Interesse dem Bedachten auferlegte (Mot. 2 S. 300, 5 S. 213) und ebenso diejenige letztwillige Auflage, „an deren Vollziehung weder der Erblasser noch eine andere Person ein verständiges Interesse hat" (Mot. 5 S. 213), soll daher erzwungen werden können, so daß im Falle der Schenkung oder Erbeinsetzung unter der Auflage, im Schlafrocke über die Straße zu gehen, dem Schenker beziehungsweise dem Testamentsvollstrecker die Forderung der Erfüllung zustünde.

c) Der Zweck der Rechtsacte. Die Schenkung.

## § 55.

Der letzte Zweck jeder Handlung besteht in der Befriedigung eines Bedürfnisses des Handelnden. Mein Handeln bestimmt sich durch die Erwägung meiner Bedürfnisse und der möglichen Mittel ihrer Befriedigung, so daß ich einen bestimmten Rechtsact deshalb vollziehe, weil ich in ihm ein Mittel der Förderung eines bestimmten von mir gewünschten Erfolges erblicke. Während aber thatsächlich der Inhalt des Rechsactes als eines Mittels zu einem über ihn hinausliegenden Zwecke sich durch diesen bestimmt, so bestimmen sich juristisch die Zwecke der Rechtsacte durch ihren Inhalt, da sie für das Recht nur insoweit existiren, als sie aus diesem sich ergeben. Es besteht aber ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Zwecke familienrechtlicher und vermögensrechtlicher Acte. Der rechtliche Zweck jener ist stets für jeden Betheiligten durch die Totalität ihres Inhaltes gegeben; so ist der Zweck der Eheschließung oder Adoption die Begründung der Ehe oder der Vaterschaft und Kindschaft als solche, obgleich es im einzelnen Falle den Betheiligten oder einem derselben vielleicht nur um eine bestimmte Seite, z. B. nur um die vermögensrechtlichen Consequenzen, jenes Verhältnisses zu thun ist. Dagegen können vermögensrechtliche Acte, deren Inhalt ein zusammengesetzter ist, verschiedenen je durch ein verschiedenes Stück ihres Inhaltes gegebenen Zwecken dienen. Es kann auch durch die Bestimmung des Rechtes oder der Parteien ein in Verbindung mit einem anderen gewollter Inhalt unter Abstraction von dieser Verbindung die Geltung eines für sich gewollten haben, und man

nennt dann den Rechtsact einen abstracten im Sinne eines unter Abstraction von seinem Zwecke existirenden. Auch hier ist nicht der rechtliche Zweck der Willensäußerung von ihrem Inhalte verschieden; es wird nur der Zusammenhang, welcher zwischen dem verschiedenen Inhalte und damit den verschiedenen Zwecken derselben Willensäußerung besteht, im Interesse der erleichterten Geltendmachung eines bestimmten Stückes derselben ignorirt. Wer z. B. durch die Ausstellung eines Wechsels sich von einer Schuld befreien will, vollzieht einen Rechtsact, welchem für sein Bewußtsein die Eigenschaft der Begründung einer Wechselschuld nicht ohne die Eigenschaft der Tilgung einer anderen Schuld zukommt; da aber nach der Bestimmung des Rechtes die Entstehung einer Wechselschuld von der Erreichung desjenigen anderen Erfolges unabhängig ist, welcher durch ihre Begründung eintreten soll, so ist die wechselmäßige Verpflichtung eine solche, deren Inhalt unabhängig von der rechtlichen Existenz des weiteren etwa in Verbindung mit ihr gewollten Inhaltes zu Recht besteht.

Der Inhalt vermögensrechtlicher Acte ist ein solcher, welcher entweder allen oder einzelnen Betheiligten zu gute kommt. Im ersten Falle ist es entweder derselbe Inhalt, welcher dem übereinstimmenden Interesse der Betheiligten dient, oder es sind verschiedene Stücke des Gesammtinhaltes, welche den verschiedenen Interessen der verschiedenen Betheiligten dienen. Im letzten Falle ist der Rechtsact ein oneroser oder ein solcher, dessen Zweck vom Standpunkte jeder Partei aus ein entgegengesetzter ist, weil sein Inhalt für jede Partei theils ein vortheilhafter und um seiner selbst willen begehrter theils ein lästiger um des anderen Inhaltes willen bewilligter ist. Kommt der Inhalt des Rechtsactes ausschließlich einem Theile zu gute, so ist der Rechtsact ein lucrativer. In der Förderung des Interesses dieser Partei besteht hier für alle Betheiligten der Zweck des Rechtsactes, indem es nicht ein eigener, sondern der fremde Vortheil ist, um dessen willen die andere Partei den durch den Inhalt des Rechtsactes ihr erwachsenden Nachtheil sich gefallen läßt. Wie die Entgegensetzung des lucrativen und des onerosen Rechtsactes denselben als einen solchen bezeichnet, welcher für eine Partei theils ausschließlich günstig theils zugleich lästig ist, so bezeichnet der Gegensatz der unentgeltlichen und der entgeltlichen Verfügung den Rechtsact als einen der anderen

Partei theils schlechthin theils nicht ohne eine Gegenleistung zu gute kommenden. Als eine den Vortheil eines anderen bezweckende ist die unentgeltliche Verfügung ein Act der Liberalität.

Die Liberalität ist eine Schenkung im Falle eines vom Schenker auf eigene Kosten dem Beschenkten mit seiner Zustimmung zugewendeten Vermögensvortheiles. Die Schenkung fordert

1) seitens des Schenkers die Vollziehung oder Uebernahme einer von ihm nicht geschuldeten Vermögensminderung. Daher ist keine Schenkung die bloße Unterlassung eines Erwerbes zu Gunsten eines anderen, die Vollziehung einer Arbeitsleistung, die Ueberlassung eines Vermögensobjectes auf Widerruf oder zu zeitweiliger Benützung und die Erfüllung einer noch nicht fälligen oder nicht klagbaren Schuld [1]).

2) Seitens des Beschenkten fordert die Schenkung eine unmittelbare oder mittelbare Vermögensmehrung. Rechtsacte, durch welche als solche eine Schenkung sich vollziehen kann, sind die Begründung von Rechten des Beschenkten durch Veräußerung oder Obligirung des Schenkers, sowie die Befreiung des Beschenkten von Verbindlichkeiten oder rechtlichen Beschränkungen durch Erlaß des Schenkers. Außerdem können aber Schenkungen auch durch solche Rechtsacte erfolgen, welche der Schenker gegenüber dritten Personen vollzieht, sowie durch solche Aufwendungen desselben, welche überhaupt keine Rechtsacte sind. In diesen Fällen der Schenkung durch negotiorum gestio ist es aber nicht die Besorgung der Angelegenheit des Beschenkten als solche, sondern ihre Besorgung unter Verzicht auf die an sich bis zum Belaufe der Bereicherung des Beschenkten begründete Ersatzforderung, durch welche die Schenkung sich vollzieht, so daß zwar nicht die Zuwendung an den Beschenkten, aber doch ihre durch den Erlaß jenes Ersatzes gegebene Unentgeltlichkeit auf einem gegenüber dem Beschenkten vollzogenen Rechtsacte beruht.

3) Die Bereicherung des Beschenkten auf Kosten des Schenkers muß eine von beiden Theilen gewollte und sie darf nicht eine um eines anderweitigen Inhaltes willen gewollte sein. Nichts anderes bedeutet das Erforderniß des animus donandi, welcher daher ausgeschlossen ist, wenn jener Erfolg ein nicht gewußter

---

[1]) l. 31 pr. § 1 und 6 D. de don. i. v. 24, 1.

und deshalb nicht gewollter, sowie wenn er nicht ohne einen anderen Inhalt gewollt ist, was nicht nur zutrifft, wenn durch die fremde Bereicherung ein eigener Vortheil erkauft wird, sondern auch, wenn der Inhalt der Verfügung als einer unentgeltlichen eine Bereicherung des Bedachten in sich schließt, ohne doch in ihr aufzugehen. Die Schenkung besteht nur zu Recht als eine von beiden Theilen gewollte, ist also ein Vertrag.

Ob eine Schenkung vorliegt, ist von rechtlicher Bedeutung durch die Beschränkungen, welchen die Geltung der Schenkungen unterliegt. Solche sind

1) die Ungültigkeit der donatio inter virum et uxorem [2]).

2) Diejenige Schenkung, deren Werth 500 solidi oder 4 666 2/3 Mark übersteigt, bedarf der professio apud acta oder der durch den Schenker vor einem Gerichte erfolgten und durch dieses zu seinen Acten genommenen Anzeige. Ist diese unterblieben, so ist die Schenkung zu demjenigen Theile, zu welchem sie den angegebenen Werth übersteigt, nichtig. Insbesondere überträgt daher die Schenkung einer Sache von höherem Werthe ihr Eigenthum zum Theile, wobei für die Auflösung der zwischen dem Schenker und dem Beschenkten bestehenden Eigenthumsgemeinschaft die besondere Bestimmung besteht, daß der Eigenthümer des größeren Antheiles gegen Entschädigung des anderen das volle Eigenthum an sich bringen kann, und daß, wenn er von diesem Rechte keinen Gebrauch macht und Realtheilung nicht thunlich ist, das gleiche Recht dem anderen zusteht. Ist die Schenkung durch einen gegenüber dritten Personen vollzogenen Rechtsact erfolgt, so wird dessen Existenz durch ihre Nichtigkeit nicht berührt [3]).

3) Der Schenker kann wegen groben Undankes des Beschenkten

---

[2]) Die nähere Erörterung dieser gehört dem ehelichen Güterrechte an.

[3]) L. 30 sqq. C. de don. 8, 53. Die Entscheidung des Reichsgerichts über den Betrag der Summe in heutigem Gelde (Entscheidungen I 115, V 37, VIII 36, XVIII 8, 37) ist anfechtbar (Bähr, Urtheile des Reichsger. XX) und bedauerlich, weil sie an die Stelle der seit Savigny angenommenen Summe von 1400 Thalern eine viel weniger runde setzt; da es aber um eine der sicheren Bestimmung aus den Quellen des Rechtes sich entziehende Zahlengröße sich handelt, so kann der Auctorität der reichsgerichtlichen Entscheidung (§ 7) eine sie überwiegende nicht entgegengesetzt werden. Es ist eine Lücke unserer Münzgesetzgebung, daß sie nicht einen Umrechnungsmaßstab festgesetzt hat. Wo das römische Recht nach Goldstücken rechnet, da hat die gemeinrechtliche Praxis die Goldstücke ihrer Zeit an die Stelle der römischen

die Schenkung mit dem Erfolge der Verpflichtung des Beschenkten zur Rückerstattung ihres Objectes, oder, wenn er dieses nicht mehr hat, der durch die Schenkung ihm erwachsenen Bereicherung widerrufen[4]).

Object der Schenkung kann auch das Vermögen des Schenkers oder ein bestimmter Theil desselben sein[5]). Durch dieselbe wird aber nicht wie durch eine letztwillige Verfügung das Vermögen als solches übertragen, sondern sie begründet nur eine Verpflichtung zur Uebertragung, welche bezüglich jedes Vermögensbestandtheiles unter Beobachtung der für seine Uebertragung bestehenden Erfordernisse zu erfolgen hat. Zugleich ist diese Uebertragung gleich jeder kraft einer Schenkung geschuldeten Leistung mit der Beschränkung geschuldet, daß dem Schenker hinreichendes Vermögen verbleibe, um sowohl seine übrigen Schulden tilgen als seinen Lebensunterhalt decken zu können[6]). Auf das von ihm noch zu erwerbende Vermögen erstreckt sich die Schenkung nicht ohne besondere Bestimmung.

Abarten der Schenkung oder solche Rechtsacte, welche durch ein bestimmtes ihren Schenkungscharakter zwar nicht aufhebendes, aber einschränkendes Moment sich von einer reinen Schenkung unterscheiden, sind die mortis causa donatio, die donatio sub modo und die remuneratorische Schenkung.

1) Die mortis causa donatio[7]) ist dadurch bedingt, daß der Beschenkte nicht vor dem Schenker stirbt, sowie im Zweifel dadurch, daß der Schenker sie nicht widerruft. Sie unterscheidet sich von einer letztwilligen Zuwendung dadurch, daß sie mit dem Tode des Schenkers unabhängig davon Platz greift, ob eine Universalsuccession in seinen Nachlaß eintritt. Als eine das Vermögen des Schenkers im Zeitpunkte seines Todes mindernde ist die mortis causa donatio vom Schenker noch auf eigene Kosten vollzogen; doch steht sie

---

gesetzt; sie war aber eine schwankende wegen der Verschiedenheit der umlaufenden Sorten von Goldstücken und des Wechsels ihres Werthes. Heutzutage wäre es das allein Naturgemäße, dem römischen Goldstücke unsere Krone (10 Mark) gleichzustellen.

[4]) L. 10 C. de revocandis donationibus 8, 55.

[5]) L. 35 § 4 C. de don.

[6]) L. 19 § 1 D. de re iud. 42, 1. Daher ist auch die Uebertragung solcher Rechte, welche durch beliebige Verfügung übergehen, eine nicht schon durch die Schenkung vollzogene.

[7]) D. 39, 6. C. 8, 56.

wirthschaftlich der letztwilligen Zuwendung näher als der reinen Schenkung, weil sie ihr Object erst in demjenigen Zeitpunkte dem Beschenkten zuwendet, in welchem das dadurch geminderte Vermögen aufhört Vermögen des Schenkers zu sein, so daß seine Minderung nicht mehr dem Schenker selbst nachtheilig ist. Auf die mortis causa donatio finden daher in weitem Umfange die Bestimmungen über letztwillige Zuwendungen Anwendung, so daß ihre darin bestehende juristische Besonderheit dem Erbrechte angehört.

2) Ist mit einer Zuwendung eine Obligirung ihres Empfängers verbunden, so liegt überhaupt keine Schenkung vor, wenn entweder der Betrag der Zuwendung durch den Betrag der Obligirung aufgewogen wird oder die Zuwendung nur um der Gegenleistung willen bewilligt wurde. Besteht dieses Verhältniß nur bezüglich eines Theiles des Zugewendeten, so liegt sowohl eine Schenkung als ein anderer Rechtsact oder ein sog. negotium mixtum cum donatione vor. So ist die Auszahlung und Annahme einer Geldsumme mit der Verpflichtung zur Rückzahlung ihrer Hälfte halb Schenkung halb Darlehen[8]) und der Verkauf einer Sache zu ihrem halben Werthe, wenn mit ihm der Verkäufer sich weder aus Irrthum, noch weil kein höherer Preis zu erlangen war, sondern aus Liberalität gegen den Käufer begnügte, halb Schenkung, halb Verkauf[9]). Im Falle der eine Obligirung nicht begründenden donatio sub modo[10]) liegt dagegen nicht ein zusammengesetzter Rechtsact, sondern lediglich eine Zuwendung vor, welche aber nur insoweit eine Schenkung ist, als ihr Werth nicht aufgewogen wird durch diejenige Aufwendung, welche die Erfüllung des modus fordert. Würde der Betrag dieser Aufwendung den Betrag der Zuwendung erreichen, so wäre dadurch der Charakter dieser als einer Schenkung ausgeschlossen.

3) Eine **remuneratorische** Schenkung ist diejenige, deren Zweck die Belohnung geleisteter Dienste ist. An sich schließt dieser Zweck die Eigenschaft der Belohnung als eines Geschenkes nicht aus, sie wäre denn eine geschuldete. Insoweit aber, als durch eine wenngleich nicht geschuldete Gegenleistung ein dem anderen

---

[8]) L. 11 § 1 D. de reb. cr. 12, 1.

[9]) L. 5 § 5, 31 § 3 D. de don. int. vir. 24, 1.

[10]) Eine solche liegt überall da vor, wo dem Beschenkten nicht eine Leistung an eine bestimmte andere Person oder nicht eine solche Leistung auferlegt ist, welche eine geschuldete zu sein vermag.

verdankter Vermögenswerth oder ein von diesem gebrachtes Vermögensopfer vergütet wird, finden auf die beiderseitigen, wenngleich in keinem juristischen Zusammenhange mit einander stehenden Leistungen die Beschränkungen der Schenkungen keine Anwendung. Außerdem kann der Widerruf der Schenkung ausgeschlossen sein durch eine Dankesschuld des Schenkers gegen den Beschenkten, welche von solcher Bedeutung ist, daß durch kein späteres Verhalten des Beschenkten gegen den Schenker die Schenkung zu einer ungerechtfertigten wird.

**Anmerkung 1.** Nach Savigny (Syst. 4, S. 3) ist die Schenkung „ein allgemeiner Charakter, welchen die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können". Nach Windscheid (Pand. § 365, Anm. 8) ist diese Bezeichnung eine Umkehrung des wahren Sachverhaltes, indem es eine Eigenthumsübertragung u. s. w. überhaupt nicht gebe ohne einen Charakter oder Bestimmungsgrund, welcher sie „aus der Abstraction in die Realität hinüberzieht". Wie sich damit die von Windscheid anerkannte Möglichkeit der Eigenthumsübertragung trotz Dissenses über den Bestimmungsgrund und der von diesem absehenden Forderungsbegründung vertragen soll, ist nicht abzusehen. In Wirklichkeit ist es der Zweck, welcher einen Rechtsact zur Schenkung macht, aber nicht als ein seinem Inhalte fremder Bestimmungsgrund, sondern als ein durch seinen Inhalt gegebener. Von seinem Inhalte sieht die Bezeichnung eines Rechtsactes als einer Schenkung nur insoferne ab als sie davon absieht, welche der verschiedenen vom Begriffe der Schenkung umfaßten Arten von Inhalten vorliegt. Ertheile ich einem Rechtsacte das doppelte Prädicat der Eigenthumsübertragung und der Schenkung, so sehe ich keineswegs durch die zweite Bezeichnung von seinem Inhalte gänzlich ab, da keine Schenkung möglich ist ohne einen den Anforderungen des Schenkungsbegriffes genügenden Inhalt. Dagegen sehe ich allerdings durch die Ertheilung des ersten Prädicates vom Zwecke des Rechtsactes ab, da zwar die Existenz einer Schenkung durch einen bestimmten Inhalt, aber nicht die Existenz einer Eigenthumsübertragung durch einen bestimmten Zweck des Rechtsactes bedingt ist. Eine Schenkung ist aber die Eigenthumsübertragung gleich jeder Vermehrung eines fremden Vermögens auf eigene Kosten nicht erst dann, wenn irgend etwas zu ihr hinzutritt, sondern sobald sie nicht um eines anderen Inhaltes willen erfolgt, dessen Statuirung mit ihr verbunden oder dessen Geltung durch sie bedingt ist. Gleich der solvendi causa erfolgten ist daher keine Schenkung diejenige Zuwendung, durch welche eine Potestativbedingung oder eine Auflage erfüllt wird. Dagegen ist diejenige Zuwendung, welche unter einer Potestativbedingung oder Auflage erfolgt, nur insoweit keine Schenkung als ihr Betrag aufgewogen wird durch den Betrag der Aufwendung, welche sie fordert. Zwar ist im Falle jeder Potestativ-

bedingung oder Auflage die Schenkung nicht ohne das Verlangen eines bestimmten Verhaltens des Beschenkten gewollt; indem aber die Verpflichtung zu seiner Beobachtung nicht zum Inhalte des Rechtsactes erhoben ist, so beschränkt nicht die Bedingung oder Auflage als solche, sondern nur die zu ihrer Erfüllung erforderliche Aufwendung als eine den Betrag der Zuwendung mindernde den Charakter dieser als einer Schenkung. Mit Unrecht bezeichnet Bekker (Pand. II, 181) den „normalen" animus donandi als „Absicht des Zuwenders sein Wohlwollen uneigennützig zu bethätigen"; denn wer aus Großthuerei schenkt, hat nicht weniger den animus donandi als wer es aus Wohlwollen thut. Es kommt dabei auch gar nicht darauf an, daß „der Schein der wohlwollenden Uneigennützigkeit gewahrt" (B. S. 182) sei, oder ist etwa eine Gabe, die ich einem anderen ausdrücklich nur um seines unverschämten Geilens willen bewillige, keine Schenkung?

**Anmerkung 2.** Bezüglich der Frage, ob eine Schenkung ohne Zustimmung des Beschenkten möglich ist, steht fest, daß im Falle einer Zuwendung, welche nach allgemeinen Grundsätzen als solche der Annahme bedarf, die Existenz einer Schenkung bedingt ist durch die Zustimmung des Beschenkten nicht nur zur Zuwendung als solcher, sondern auch zu ihrer Eigenschaft als einer unentgeltlichen, so daß z. B. eine Schenkung nicht vorliegt im Falle einer als Geschenk gegebenen, aber als Darlehen angenommenen Geldsumme (L. 18 pr. D. de reb. cred. 12, 1. L. 36 D. de adq. dom. 41, 1). Es fordert also der Begriff der Schenkung die Zustimmung des Beschenkten, da sonst nicht abzusehen wäre, warum eine donandi animo erfolgte Eigenthumsübertragung, welche als solche zu Recht besteht, deshalb keine rechtsgültige Schenkung sein sollte, weil der Empfänger durch den Erwerb des Eigenthums nicht beschenkt, sondern obligirt sein wollte. Wenn dem gegenüber betont wird, daß ich einen anderen durch Aufwendungen oder Obligirungen in seinen Angelegenheiten ohne seinen Willen bereichern kann, so ist zu entgegnen, daß eine solche Bereicherung eine Schenkung ist als eine unentgeltliche oder mit der Verpflichtung ihrer Rückerstattung nicht verbundene und daß der Ausschluß dieser Verpflichtung auf einem Verzichte des Schenkers beruht, welcher ohne die Zustimmung des Beschenkten nicht zu Recht besteht. Wäre die Begründung einer fremden Bereicherung als solche eine Schenkung, so wäre die Schenkung überhaupt nicht als solche ein Rechtsact, da ich einen anderen durch ihm zu gute kommende Aufwendungen ohne jeden Rechtsact bereichern kann. Die Quellen betonen in der Anwendung auf die der rechtlichen Geltung entbehrende donatio inter virum et uxorem, gelegentlich welcher sie den Begriff der Schenkung näher bestimmen, das Erforderniß der Annahme des Beschenkten nicht, weil es für jene Schenkung keinen Unterschied macht, ob sie wegen Mangels der Zustimmung des Beschenkten oder trotz dieser Zustimmung nicht zu Stande gekommen ist. Die Quellen enthalten aber den allgemeinen Satz: non potest liberalitas nolenti adquiri (Ulp. l. 19 § 2 D. de don. 39, 5), und daß dieser

„allenfalls vom gewiß gewöhnlichsten Fall der Schenkung, der Schenkung durch Eigenthumsübertragung verstanden werden kann" (Windscheid § 365, Anm. 5), ist sowohl angesichts des Zusammenhanges, in welchem er steht, als angesichts seiner Fassung nicht zuzugeben, welche gerade die Liberalität als eine nicht gegen den Willen des Bedachten vollziehbare bezeichnet und zugleich mit Bedacht so lautet, daß sie auch für die der positiven Annahme nicht bedürfende Liberalität oder das Vermächtniß zutrifft. Ulpian's Ausspruch ist daher nicht auf eine Linie zu stellen mit dem Worte des Paulus: invito beneficium non datur (l. 69 D. de reg. iur. 50, 17), welches mehr das thatsächliche Vorkommen als die rechtliche Möglichkeit im Auge hat.

**Anmerkung 3.** Bezüglich der sog. remuneratorischen Schenkung enthalten die Quellen außer der allgemeinen Entgegensetzung der mera donatio und der remuneratio (Papinian. l. 27 D. de don. 39, 5).

1) die Bezeichnung der ἀντίδωρα als eines genus quoddam permutationis (Ulpian. l. 25 § 11 D. her. pet. 5, 3). Die Erwiderung eines Geschenkes durch ein Geschenk wird dadurch als eine solche bezeichnet, welche bis zur Höhe des erwiderten Geschenkes nicht als Schenkung gilt; die Consequenz davon, daß auch die erwiderte Schenkung bis zum Betrage der Erwiderung nachträglich nicht als Schenkung gilt, ist von Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen, S. 370 und von Vangerow, § 125 Anm., mit Recht gezogen. Was aber von der Erwiderung einer Schenkung durch eine andere gilt, muß ebenso von der Erwiderung eines sonstigen Dienstes gelten, so daß diese insoweit keine Schenkung ist als das durch sie gebrachte Opfer den Werth des erwiderten Dienstes oder die durch sie erfolgte Zuwendung den Betrag der vom anderen gemachten Aufwendung nicht übersteigt. Fehlt es aber bis zu diesem Betrage wegen des trotz der mangelnden juristischen Einheit des Vorganges vom Rechte berücksichtigten thatsächlichen Zusammenhanges der Leistung und Gegenleistung an einem objectiven Erforderniße der Schenkung, so fehlt es am animus donandi überall da, wo eine Belohnung geschuldet wird; im Falle eines bestimmten vom Belohnenden gekannten Maßes der geschuldeten Belohnung liegt, soweit dieses überschritten wird, eine Schenkung vor; bestimmt sich dagegen die geschuldete Belohnung durch den Werth des belohnten Dienstes, so liegt auch nicht insoweit eine Schenkung vor, als die Höhe der Belohnung auf einer Ueberschätzung seines Werthes beruhte.

2) Die Schenkung an den Lebensretter erklärt l. 34 § 1 D. de don. für unwiderruflich mit der Begründung: non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. Die Stelle ist eine veränderte Wiedergabe von Paul. sent. V, 11, § 6; den Gesichtspunkt der merces erklärt sie ausdrücklich für ausgeschlossen. Würde dieser Gesichtspunkt zutreffen, so läge bis zum Geldwerthe der vergoltenen Dienstleistung überhaupt keine Schenkung vor; da es aber um eine Dienstleistung sich handelt, deren Werth sich nicht in Geld abschätzen läßt, so liegt

schlechthin eine Schenkung vor, welche aber wegen keines Undankes des Beschenkten widerrufen werden kann, da eine Dankespflicht desselben angesichts des ungeheueren Dankes, welchen ihm der Schenker schuldet, überhaupt nicht besteht. Diese Bestimmung ist insoweit analog anzuwenden, als auch in anderen Fällen ein an sich den Widerruf der Schenkung begründendes Verhalten des Beschenkten durch das Verdienst, welches dieser um den Schenker sich erworben hatte, aufgewogen werden kann, so daß der Widerruf der Schenkung wegen Undankes des Beschenkten ein Act der Undankbarkeit des Schenkers wäre.

### d) Die Auslegung der Rechtsacte.

### § 56.

Gleich der Auslegung der Gesetze soll die Auslegung der Rechtsacte ihren Inhalt oder den Inhalt des durch ihre Vollziehung zu rechtlicher Geltung gelangten Willens feststellen. Wie beim Gesetze, so ist beim Rechtsacte die Frage nach seinem Inhalte von der Frage nach seiner Existenz zwar zu unterscheiden, aber nicht schlechthin zu trennen. Wie insbesondere die Auslegung ergeben kann, daß der Inhalt einer in Gesetzesform ergangenen Erklärung kein wirklicher Gesetzesinhalt ist (S. 41), so kann die Auslegung einer Willensäußerung ergeben, daß der durch sie geäußerte Wille rechtlicher Geltung nicht fähig ist. Wie die Auslegung eines Gesetzes ausgeht von seinem Wortlaute, aber ihr Ziel erst erreicht durch Feststellung des mit Rücksicht auf den Gesammtzusammenhang des Rechtes und des Lebens ihm zukommenden Inhaltes, so geht die Auslegung eines Rechtsactes aus von dem durch seine Vollziehung unmittelbar geäußerten Willensinhalte und erreicht ihr Ziel durch die Feststellung des nach Maßgabe sowohl des Rechtes als sämmtlicher für den Inhalt des geäußerten Willens maßgebender Thatsachen ihm zukommenden Inhaltes. Indem es aber ankommt auf den Inhalt des durch die Vollziehung des Rechtsactes geäußerten Willens, so ist sein wirklicher Inhalt weder der vermöge der besonderen Individualität seines Urhebers für dessen Bewußtsein noch der für das individuelle Bewußtsein bestimmter anderer Personen ihm zukommende. Die Eigenschaft der Aeußerung eines bestimmten Willens hat eine Handlung nicht als eine durch ihren Urheber oder andere Personen ihr willkürlich beigelegte, sondern als eine entweder vermöge ihrer realen oder im Falle der Willenserklärung vermöge ihrer conventionellen Bedeutung ihr zukommende. Die conventionelle Bedeutung einer Handlung

kann auf der Vorschrift des Rechtes, auf der Sitte eines weiteren oder engeren Kreises, und auf individueller Verständigung beruhen. Hat eine solche stattgefunden, so ist sie für die an ihr Betheiligten maßgebend, soweit nicht für die betreffende Willensäußerung eine bestimmte den Gebrauch beliebiger Zeichen ausschließende Form vorgeschrieben ist. Legt das Recht bestimmten unter bestimmten Umständen vollzogenen Worten oder Zeichen einen bestimmten Sinn bei, so hat es dabei sein Bewenden; verlangt es eine vor Zeugen zu vollziehende Willensäußerung, so muß ihr Inhalt, soweit er der Aeußerung vor den Zeugen bedarf, für diese erkennbar sein; fordert das Recht die Erklärung durch das Mittel des gesprochenen oder geschriebenen Wortes, so kann ihr Sinn nur ein mit dem sprachgebräuchlichen Sinne der vollzogenen Worte vereinbarer sein. In Ermangelung besonderer Verständigung der Betheiligten ist der Sinn einer Erklärung derjenige, welchen nach den Umständen des Falles sowohl ihr Urheber als ihr Empfänger ihr beilegen mußte. Der Empfänger einer Erklärung muß wissen, daß ihr nur ein solcher Sinn zukommen kann, dessen ihr Urheber bei ihrer Vollziehung sich bewußt sein konnte. Ebenso muß aber ihr Urheber wissen, daß durch seine Handlung nur ein solcher Willensinhalt kundgegeben werden kann, welcher von anderen aus derselben entnommen zu werden vermag. Hat für den Urheber einer Erklärung vermöge besonderer Umstände die von ihm vollzogene Handlung einen anderen als den sonst ihr zukommenden Sinn, so ist jener maßgebend, falls die ihn begründenden Umstände den Betheiligten bekannt oder solche waren, deren Kenntniß durch die Betheiligten erwartet werden durfte [1]). Dagegen ist im Uebrigen der Sinn einer vollzogenen Erklärung aus dem herkömmlichen Sinne der zu ihrer Vollziehung gewählten Zeichen zu entnehmen. Insbesondere ist der Sinn einer durch das Mittel des Wortes vollzogenen Erklärung im Zweifel derjenige, welcher den Gesetzen und dem Gebrauche der angewendeten Sprache am meisten entspricht. Dies gilt unabhängig vom Maße der dem Urheber der Erklärung zukommenden Kenntniß jener Sprache, da der einer bestimmten

---

[1]) Bei letztwilligen Verfügungen fällt dieses Erforderniß weg (vgl. S. 233 Note 2 u. l. 21 § 1 D. qui test. f. 28, 1, l. 50 § 3 D. de leg. I, l. 18 § 3 D. de instr. 33, 7).

Sprache sich bedienende den in dieser seinen Worten zukommenden Sinn sich aneignet [2]).

Eine Willensäußerung kann aber sowohl nach Maßgabe der realen oder conventionellen Bedeutung der vollzogenen Handlung als nach Maßgabe der für ihre Auslegung in Betracht kommenden besonderen Umstände eine mehrdeutige sein, so daß sich fragt, welche der verschiedenen ihr möglicher Weise zukommenden Bedeutungen ihr zuzuerkennen ist. Wie wir zwar beim Wortsinne des Gesetzes nicht von vornherein stehen bleiben, aber in Ermangelung eines anderweitig sich ergebenden umfassenderen Sinnes über jenen nicht hinausgehen dürfen, so ist auch die private Willenserklärung eine solche, welcher im Zweifel kein umfassenderer Inhalt zukommt als der durch die vollzogene Handlung unzweideutig bezeichnete. Wie der Inhalt des Gesetzes um so umfassender ist, je weiter er vom bisherigen Rechte sich entfernt, weshalb im Zweifel der diesem näher stehende Sinn anzunehmen ist, so ist der Inhalt eines Rechtsactes um so umfassender, je tiefer er in die bestehenden Rechtsverhältnisse eingreift, weshalb ihm im Zweifel der in geringerem Umfange sei es Rechte begründende oder Rechte aufhebende Inhalt zukommt [3]). Dazu kommt aber noch das Besondere, daß die Privatwillenserklärung vielfach eine solche ist, welche eine an ihrem Inhalte in bestimmter Richtung interessirte Partei der an demselben in entgegengesetzter Richtung interessirten Gegenpartei abgibt. Für jede Partei besteht hier das Gebot, ihre Erklärung so zu fassen, daß sie nicht in der Gegenpartei Erwartungen erweckt, welche der Erklärende nicht zu befriedigen gedenkt; war daher die Fassung der Erklärung eine solche, daß ihr Urheber der Erweckung solcher Erwartungen sich bewußt sein mußte, so muß er die Annahme des umfassenderen, jene Erwartungen begründenden Sinnes seiner Erklärung sich gefallen lassen [4]).

---

[2]) Hat er aus entschuldbarem Irrthum diesen verkannt, so liegt eine rechtsgültige Erklärung nicht vor (S. 235).

[3]) L. 34 D. de R. J. 50, 17.

[4]) L. 39 D. de pact. 2, 14. Von der Liberalität gilt dies nicht, da ihr Urheber dem Bedachten nicht als Subject eines entgegengesetzten Parteiinteresses gegenübersteht. Zugleich steht diesem Gebote vorsichtiger Fassung der Erklärung und der aus ihm fließenden Auslegung zweideutiger Erklärungen zu Ungunsten ihres Urhebers das Gebot vorsichtiger Auffassung der fremden Erklärung gegenüber. Wann der Erklärende dasjenige Maß von Vorsicht aufgewendet hat, welches im

In anderen Fällen wird der größere Umfang der fraglichen Erklärung deshalb im Zweifel angenommen, weil, wie bei letztwilligen Zuwendungen, die umfassendere Auslegung dem vermutheten Willen ihres Urhebers besser entspricht[5]), oder weil, wie bei der Zuwendung einer dos, der Zweck des Rechtsactes ein vom Rechte besonders begünstigter ist[6]).

Wie einer Rechtsnorm ist auch einem Rechtsacte gegenüber keine Auslegung, sondern ein neuer Rechtsact die sog. **authentische** Auslegung, deren Gültigkeit daher bedingt ist durch die für Rechtsacte des fraglichen Inhaltes bestehenden Erfordernisse[7]).

**Anmerkung.** Die Frage nach der Auslegung der Rechtsacte ist von der Frage nach ihrem Inhalte nicht zu trennen, indem sie sich mit nichts anderem beschäftigt als mit den Mitteln der Constatirung ihres Inhaltes. Wäre mögliches Object rechtsgültiger Willensäußerung nur ein vom Handelnden gewußter Inhalt, so wäre die Aufgabe der Auslegung keine andere als die Aufgabe der Feststellung des Sinnes, welchen der Handelnde mit seiner Handlung verband. Ebenso einseitig als diese Fassung der Aufgabe ist aber die heutzutage vielfach vertheidigte entgegengesetzte Fassung, daß es ankomme auf die Feststellung des Sinnes, welchen mit der vollzogenen Erklärung derjenige, dem sie galt, verband oder verbinden mußte; gilt doch keineswegs jede Willenserklärung

---

Falle des vom anderen zu erwartenden Maßes von Vorsicht ein Mißverständniß ausschloß, ist eine nach den Grundsätzen der bona fides zu entscheidende quaestio facti. Je mehr der Erklärende selbst ein erfahrener oder gewitzigter Mensch ist und den Empfänger der Erklärung als einen minder erfahrenen oder gewitzigten kennt, desto weniger darf er auf eine nicht durchaus deutliche Beschränkung des Umfanges seiner Erklärung sich berufen.

5) L. 12 D. de R. J.

6) L. 70 D. de iur. dot. 23, 3.

7) Irreführend ist die Bemerkung Windscheid's (§ 84 Anm. 12): „Man sieht . . wie sehr sich die eigene Auslegung der Rechtsgeschäfte von der authentischen Auslegung der Gesetze unterscheidet; die letztere ist schlechthin bindend". Auch die eigene Auslegung eines Rechtsactes ist schlechthin bindend, wenn sie in diesem Sinne erfolgte und den Erfordernissen rechtsgültiger Verfügung des fraglichen Inhaltes genügte. War nur die Ablegung eines Zeugnisses über den wirklichen Inhalt eines früher geäußerten Willens gewollt, so hängt die Bedeutung dieses Zeugnisses sowohl von seiner Glaubwürdigkeit als davon ab, ob der durch dasselbe bezeugte Wille als ein durch die frühere Handlung hinreichend geäußerter gelten kann. Eine Verschiedenheit anderer und letztwilliger Verfügungen, bei welchen Windscheid die eigene Auslegung „ihre Haupt- wenn nicht ihre einzige Anwendung" finden läßt, besteht hier nur insoferne als das incorrect verwendete Wort im Falle der letztwilligen Verfügung den vom Verfügenden gemeinten Sinn auch dann hat, wenn er nicht kundgethan war, aber z. B. durch das eigene Zeugniß des Verfügenden erwiesen ist (Note 1).

einer bestimmten Person und ist sie doch keineswegs nur als eine zum Bewußtsein dieser gekommene vollzogen. Vgl. Leonhard, Irrthum bei nichtigen Rechtsgeschäften S. 172 ff. Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II, S. 386 ff. G. Hartmann, Ihering's Jahrb. 20 S. 1 ff.

## 5. Die Stellvertretung.

### § 57.

Ein Act der Stellvertretung oder eine in fremdem Namen vollzogene Willensäußerung ist die rechtsgültige Aeußerung des Willens, daß ein bestimmter Inhalt ebenso behandelt werde, wie wenn ihn eine bestimmte andere Person als Inhalt ihres Willens geäußert hätte. Die Möglichkeit der Stellvertretung ist bedingt durch Vollmacht oder durch die Fähigkeit des Stellvertreters, die Willensäußerung des Vertretenen durch die seinige zu ersetzen. Die Vollmacht beruht theils auf der eigenen Willensäußerung des Vertretenen oder eines Stellvertreters desselben, theils unmittelbar auf dem Willen des Rechtes. Durch diesen ist die Stellvertretung wegen rechtlicher Unfähigkeit oder thatsächlicher Verhinderung des Vertretenen theils bestimmten Personen als Amt übertragen, theils im Nothfalle jedem Rechtsgenossen als negotiorum gestor gestattet. Die Begründung der Vollmacht durch Rechtsact ist theils eine dem Acte der Stellvertretung vorangehende Ermächtigung theils eine ihm nachfolgende Bestätigung. Bleibt diese aus, so ist ein Act der Stellvertretung nicht zu Stande gekommen. Als ein in der Erwartung nachfolgender Bestätigung erfolgter war der Rechtsact unter der Bedingung dieser vollzogen. War der Mangel der Vollmacht dolos verschwiegen, so schuldet der Handelnde dem Getäuschten den Ersatz des durch diesen Mangel ihm erwachsenen Schadens. Im Falle irrthümlich angenommener Vollmacht schuldet der Handelnde dem Getäuschten den Ersatz seines Interesses am Unterbleiben der Handlung[1]). Wegen Mangels der irrthümlich angenommenen Vollmacht kann der Gegner bis zur Bestätigung zurücktreten, was nicht der Fall ist, wenn er den Mangel der Vollmacht kannte. Dagegen kann der Bestätigung der vom Stellvertreter getroffenen Vereinbarung eine entgegengesetzte Vereinbarung zuvorkommen. Die Aufforderung des Vertretenen zur Bestätigung,

---

[1]) Vgl. S. 221 Note 6, 237 letzter Absatz.

welche die für ihn vollzogene Handlung in sich schließt, ist eine vollendete erst als eine an ihn abgegangene; sie wird daher ausgeschlossen durch eine vor ihrem Abgange erfolgte Vereinbarung der Personen, von welchen sie ausgeht, und sie erlischt durch eine nachträgliche Vereinbarung derselben, wenn diese dem Vertretenen noch vor der Vollziehung der Bestätigung zukommt.

Wann eine im Namen einer anderen Person vollzogene Willensäußerung vorliegt, ist eine im Zweifel zu verneinende Frage ihrer Auslegung. Im Falle der Willenserklärung fordert die Stellvertretung eine Bezeichnung der Handlung als einer in fremdem Namen erfolgenden, es wäre denn diese Eigenschaft der Willensäußerung für denjenigen, welchem die Erklärung gilt, gleichgültig. Eine mittelbare Bezeichnung der Handlung als einer stellvertretenden ist auch die Zulassung ihrer Entgegennahme als einer solchen, und wo es jener Bezeichnung nicht bedarf, da genügt die Verpflichtung in fremdem Namen zu handeln, welche die Berufung auf die nicht kundgegebene pflichtwidrige Absicht des Handelns in eigenem Namen ausschließt. Es begründet aber nicht ohne Weiteres die Uebernahme eines Auftrages die Pflicht des Handelns in fremdem Namen und die Bezugnahme auf einen Auftrag die Eigenschaft der Handlung als eines Actes der Stellvertretung. Ein solcher ist die Willensäußerung als eine auftragsgemäße theils vermöge ihres besonderen nur im Falle der Stellvertretung zu Recht bestehenden Inhaltes (z. B. als Verfügung über fremde Rechte) theils vermöge des besonderen Lebensberufes des Handelnden oder seines besonderen Verhältnisses zum Auftraggeber, kraft dessen die für diesen vollzogene Handlung im Zweifel eine in seinem Dienste vollzogene ist, wie die Handlung des Dienstmannes, des Angestellten oder Dienstboten, des Familiengliedes.

Vom Stellvertreter ist zu unterscheiden auf der einen Seite der bloße Bote, auf der anderen der Vertreter in eigenem Namen. Jener berichtet die fremde Willensäußerung als eine durch den ihm ertheilten Auftrag vollzogene; dieser vollzieht die Willensäußerung zwar im Interesse eines anderen, aber nicht mit der Absicht ihrer Behandlung als einer vom anderen selbst vollzogenen. Ein bloßer Bote ist derjenige nicht, welchem anstatt der bloßen Mittheilung des ihm gegenüber geäußerten Willens eine eigene Willensentscheidung sei es bezüglich des Inhaltes des Rechts-

actes oder bezüglich seiner Vollziehung anheimgegeben ist. Ebenso ist im Falle eines einer bestimmten Form bedürfenden Rechtsactes nicht ein bloßer Bote, sondern ein Stellvertreter der mit der Vollziehung jener Form beauftragte, da erst durch sie der Rechtsact zu Stande kommt. Kein Unterscheidungsmerkmal des Boten und des Stellvertreters ist ihr äußeres Auftreten; es kann die Vollziehung der Willensäußerung für den Vertretenen in der Form einer bloßen Mittheilung seines Willens als eines bereits geäußerten und ebenso die Mittheilung der vollzogenen Willensäußerung in der Form einer Aeußerung des eigenen Willens als eines den fremden ersetzenden auftreten.

Im Falle der Stellvertretung sind die Erfordernisse des Rechtsactes solche, welche theils in der Person des Stellvertreters theils in derjenigen des Vertretenen zutreffen müssen. Der Stellvertretung ist unfähig, wer rechtsgültiger Willensäußerung nicht fähig ist. Dagegen bedarf der Stellvertreter nicht der durch den besonderen Inhalt des geäußerten Willens geforderten Verfügungsfähigkeit, da er nicht über seine eigene Person oder seine eigenen Rechte verfügt. Kommt Zwang oder Irrthum in Frage, so ist zu unterscheiden, ob der dadurch bestimmte Inhalt durch den Willen des Stellvertreters oder des Vertretenen seine Bestimmung erfahren hat. Die Beschaffenheit des Willens und Bewußtseins des Stellvertreters ist insoweit maßgebend als er nach eigenem Ermessen gehandelt hat; soweit ihm dagegen der Inhalt seiner Willensäußerung durch den Inhalt seiner Vollmacht vorgeschrieben war, entscheidet die Beschaffenheit des Willens und Bewußtseins seines Vollmachtgebers. Ausschließlich maßgebend ist die Person des Vertretenen in Ansehung der vom Willen und Bewußtsein des Handelnden unabhängigen Existenzbedingungen des Rechtsactes, da sein Inhalt den Stellvertreter nicht berührt.

**Anmerkung 1.** Das Wesen der Stellvertretung ist bestritten. Einigkeit besteht darüber, daß dieser Begriff von bestimmter privatrechtlicher Bedeutung nur in Anwendung auf Rechtsacte ist. In Ansehung eines solchen vertritt aber eine andere Person, wer eine Willensäußerung in dem Sinne und mit dem Erfolge vollzieht, daß sie einem von jener anderen Person vollzogenen gleichsteht, so daß die Willensäußerung zwar thatsächlich eine solche des Stellvertreters ist, aber rechtlich in Gemäßheit des von ihm geäußerten Willens und der seine rechtliche Geltung begründenden Vollmacht nicht ihm, sondern

dem Vertretenen zugerechnet wird. Indem die Willensäußerung nicht als solche, sondern durch ihre rechtliche Bedeutung ein Rechtsact ist, so ist es kein Widerspruch, wenn der fragliche Rechtsact bezeichnet wird als ein durch die Willensäußerung des Vertreters zu Stande kommender Rechtsact des Vertretenen. Wäre die Willenserklärung erst durch ihre Mittheilung vollendet, so wäre auch der bloße Bote ein Stellvertreter, während er in Wirklichkeit sich von einem solchen unterscheidet als bloßer Ueberbringer der durch seine Absendung in gleicher Weise wie durch Absendung eines Briefes vollzogener Willensäußerung. Sobald aber diese erst durch seine Handlung sich vollzieht, so ist er nicht mehr ein bloßer Bote, und ebenso unbegründet als undurchführbar ist es, wenn Zimmermann (Die Lehre von der stellvertretenden negotio gestio 1876 ff.) die Unterscheidung des Boten vom Stellvertreter davon abhängen lassen will, ob der Handelnde äußerlich als Subject eigener oder als Verkündiger fremder Willensäußerung auftritt. Von der bloßen Mittheilung des geäußerten Willens ist zu unterscheiden die Vollziehung einer seine rechtsgültige Aeußerung bedingenden Form; indem ohne sie der Rechtsact nicht vollzogen ist, so ist der sie für einen anderen Vollziehende ein Stellvertreter, kann also nicht gleich einem Boten ein der rechtlichen Handlungsfähigkeit Entbehrender sein. Grundlos ist daher Windscheid's (§ 73 Anm. 2) Unterscheidung zwischen „Stellvertretung im Willen und Stellvertretung in der Erklärung"; denn der Wille existirt für das Recht nicht ohne seine Aeußerung. Allerdings aber kann die Fähigkeit zur Stellvertretung auf dem eigenen Willen des Vertretenen beruhen, und der Inhalt des vom Stellvertreter geäußerten Willens kann durch den Inhalt seiner Vollmacht gegeben sein. Wenn und soweit aber dies der Fall ist, ändert es doch nichts daran, daß der Rechtsact, dessen Inhalt die Vollmacht bestimmte, nicht schon durch diese, sondern erst durch die Willensäußerung des Stellvertreters zur Existenz gelangt. Mit Unrecht nimmt daher neuestens Mitteis (Die Lehre von der Stellvertretung 1885) an, daß durch die Stellvertretung nach Verschiedenheit der Fälle der Wille des Stellvertreters, der Wille des Vertretenen oder aber der Wille theils des einen theils des anderen sich äußere. Ob für den Stellvertreter der Inhalt seiner Willensäußerung gegeben oder offen gelassen ist, macht keinen Unterschied für die Eigenschaft derselben als einer Ersetzung eines fremden Willens durch den eigenen. Dagegen ist jene Verschiedenheit von Bedeutung für die Frage nach der einer mangelhaften Beschaffenheit seines Willens oder Bewußtseins zukommenden Bedeutung. Soweit eine solche für sein freies Ermessen bestimmend war, hat sie dieselbe Bedeutung wie bei einem in eigenem Namen vollzogenen Rechtsacte. Dagegen gilt nicht dasselbe in Ansehung des durch die Vollmacht gegebenen Inhaltes, da für diesen als einen durch fremden Willen bestimmten sein Wille nicht bestimmend war. Ohne Unterschied ist erforderlich die Handlungsfähigkeit und überflüssig die Verfügungsfähigkeit des Stellvertreters. Es ist ein Widerspruch, wenn Windscheid schlechthin die Be-

urtheilung der Gültigkeit des Rechtsactes aus der Person des Stellvertreters fordert, soweit es auf „einen gewissen Zustand des Inneren des Urhebers des Rechtsgeschäfts" ankommt, und zugleich erklärt, der Rechtsact sei „nicht deswegen für den Vertretenen ungültig, weil der Vertreter handlungsunfähig war". Von diesem Satze macht Anm. 19 eine Ausnahme für die allein handlungsunfähigen Kinder und Geisteskranken, erklärt aber auch ihre Willensäußerungen für solche, welche sich der Vertretene „durch Vollmacht oder durch Genehmigung aneignen kann". Wie aber eine Ermächtigung eines Handlungsunfähigen undenkbar ist, so ist auch eine „Genehmigung" des von einem solchen Erklärten nur möglich im Sinne einer eigenen Vollziehung der betreffenden Willensäußerung.

**Anmerkung 2.** Die Stellvertretung war dem römischen Rechte ursprünglich fremd und eine solche war weder die processualische Vertretung noch der Erwerb durch Sklaven und Hauskinder oder derjenige Rechtsact, welcher eine sog. actio adiecticiae qualitatis begründete, da der Proceßvertreter als Partei in den Proceß eintrat, der Erwerb durch eine subiecta persona kraft ihrer Subjection unabhängig von ihrem Willen erfolgte, und der einer adiecticia actio Ausgesetzte nicht anstatt des Contrahenten als ein von ihm Vertretener, sondern neben demselben nach Art eines Bürgen haftet. Der Satz: per liberas personas nobis adquiri non posse (Gai. II, 95, § 5 J. per quas pers. 2, 9. L. 11 D. de obl. 44, 7. L. 1 pr. C. per quas pers. 4, 27) hatte zwar nicht ausschließlich die Stellvertretung im Auge, kann aber nicht mit Schloßmann (Besitzerwerb durch Dritte 1881) als ein auf sie sich nicht beziehender bezeichnet werden; wie der Erwerb der subiecta persona unabhängig von ihrem Willen ein Erwerb des Herrn ist, so bezeichnet jener Satz den Erwerb des Freien als einen solchen, welcher unabhängig von seinem Willen ein Erwerb einer anderen Person nicht sein kann. Dieser Satz erlitt aber im Laufe der Zeit Ausnahmen insbesondere bezüglich des Besitzes. Indem die Zulassung der Stellvertretung in Ansehung seiner Begründung und Uebertragung sich zugleich auf die durch diese vermittelten Rechtsacte erstreckte, so ermöglichte sie die Stellvertretung nicht nur in Ansehung des Erwerbes und der Uebertragung des Eigenthums, sondern auch bezüglich der Begründung der durch datio sich vollziehenden Obligationen, wie namentlich des Darlehens (L. 20 § 2 D. de adq. dom. 41, 1. L. 3 C. per quas pers. 4, 27). Daß dagegen insbesondere die obligationes consensu contractae nicht durch Stellvertreter eingegangen werden konnten, zeigt die Ausführung des Marcellus in l. 49 D. mandati 17, 1. Hier ist von demjenigen, welcher irrthümlich einen eigenen Sklaven im Auftrage eines anderen als dessen Sklaven verkauft hat, erklärt: quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam. Es ist damit seine Haftung, speciell seine Evictionspflicht, nach welcher im Eingange der Stelle gefragt war, gegenüber dem Käufer ausgesprochen und ihm die ipso iure, weil er nicht über sein Eigenthum verfügt hat, begründete rei vindicatio versagt (non concedendam)

wegen der ihr entgegenstehenden exceptio rei venditae et traditae. Dieses Resultat ist als ein solches hervorgehoben, welches Platz greift, wenngleich er quasi procurator verkauft hat. Damit ist betont, daß der von ihm vollzogene Rechtsact, wenngleich in Ansehung der Eigenthumsübertragung ein Act der Stellvertretung, doch in Ansehung seiner obligatorischen Bedeutung ein in eigenem Namen vollzogener ist, und zw. deshalb, weil er in Ansehung dieser ein Act der Stellvertretung nicht sein kann. Der neueste Vertheidiger der Stellvertretung als einer schon nach römischem Rechte allgemein und insbesondere beim Kaufcontracte möglichen (Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften 1882) berücksichtigt jenen Ausspruch nicht, beruft sich dagegen auf Javolens l. 63 pr. D. de contr. emt. 18, 1: cum servo dominus rem vendere certae personae iusserit, si alii vendidisset quam cui iussus erat, venditio non valet. Idem iuris in libera persona est, cum perfici venditio non potuit in euis persona, cui dominus venire eam noluit. Hier ist aber nur gesagt, daß die Uebergabe auf Grund eines ohne den Willen des Eigenthümers vollzogenen Verkaufes kein Eigenthum überträgt und von einer Stellvertretung im Kaufcontracte ist um so weniger die Rede, da ja auch der Contract des Sklaven vermöge des iussus des Herrn nicht etwa dessen eigener Contract, sondern nur ein solcher ist, für dessen Erfüllung der Herr einstehen muß. Außerdem beruft sich Hellmann (S. 59 ff.) auf Papinian's l. 67 D. de procur. 3, 3, wo die Evictionspflicht nur für denjenigen procurator ausgesprochen sei qui pro evictione . . . fidem suam adstrinxit. Hellmann schließt daraus, daß die Haftung des procurator wegen Eviction und daher seine ganze Haftung aus dem Kaufe sich nicht von selbst verstehe; dieser Schluß ist aber unbegründet; denn die Eviction kann als ein bloßes naturale negotii wegbedungen werden und ist überall da übernommen, wo sie nicht wegbedungen ist. Würde die eigene Haftung des procurator auf einer besonderen Garantie beruhen, welche er für die Erfüllung einer an sich nicht ihm, sondern dem dominus obliegenden Verpflichtung übernommen hätte, so hätte die Papinian beschäftigende Frage, ob er nicht mit dem Erlöschen seiner Stellung als procurator jener Haftung zu entbinden sei, nicht aufgeworfen werden können.

Die allgemeine Anerkennung der Stellvertretung war im römischen Rechte entbehrlich durch die Sklaverei, vermöge welcher die Existenz sowohl gewaltfreier ihren Dienstherrn vertretender Untergebener als solcher Personen, welche gewerbsmäßig andere vertreten, eine verhältnißmäßig seltene war. Die im Einzelnen bestrittene Begrenzung der Fälle, für welche das römische Recht die Stellvertretung zugelassen hat, ist für das heutige Recht unerheblich, da dieses die Stellvertretung für alle Rechtsacte zuläßt, für welche sie nicht aus besonderen Gründen oder durch ausdrückliche Bestimmung ausgeschlossen ist. Von der noch keineswegs genügend aufgehellten Entstehung dieses für die Gegenwart feststehenden Gewohnheitsrechtes handelt namentlich Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung 1852.

**Anmerkung 3.** Der B. G.-Entw. behandelt im achten Titel des allgemeinen Theiles „Vertretung und Vollmacht". Für die Existenz der Vertretung bezeichnet er als entscheidend den sei es ausgedrückten oder aus den Umständen sich ergebenden „Willen der Handelnden", während im Falle der Gleichgültigkeit der Stellvertretung für die andere Partei deren Wille nicht in Frage kommt. Nach § 117 soll ein Willensmangel von Bedeutung nur sein als ein in der Person des Vertreters zutreffender; die Bedeutungslosigkeit des in seiner Person zutreffenden Willensmangels ist im § 118 nur für bestimmte zu eng begrenzte Fälle statuirt, und einem in der Person des Vertretenen zutreffenden Willensmangel ist jede Bedeutung aberkannt. Die Bezeichnung der Vollmacht ist auf den zur Stellvertretung ermächtigenden Rechtsact beschränkt und im Uebrigen für die Legitimation des Stellvertreters der ungewöhnliche Ausdruck der „Vertretungsmacht" gewählt. § 123 Abs. 2 bestimmt: „So lange die Genehmigung nicht verweigert ist, kann der andere Vertragschließende auch mit Zustimmung des Vertreters von dem Vertrage nicht zurücktreten." Für den Fall des zur Kenntniß des Vertretenen gelangten Vertrages stimmt dies mit der vom Entwurfe angenommenen Unwiderruflichkeit des Vertragsantrages überein. Dagegen ist nicht abzusehen, warum eine dem Vertretenen noch nicht mitgetheilte Vereinbarung die Bedeutung, durch seine Bestätigung zu einem von ihm vollzogenen Vertrage zu werden, nicht durch eine entgegengesetzte Vereinbarung verlieren sollte.

## 6. Die Ungültigkeit der Rechtsacte.

### § 58.

Indem die Willensäußerung ein Rechtsact als eine rechtsgültige ist, so ist der ungültige Rechtsact kein wirklicher Rechtsact. Ein solcher liegt vor im Falle einer Willensäußerung, welche durch den Willen des Rechtes derjenigen rechtlichen Bedeutung, welche ihrem Inhalte gemäß wäre, entbehrt. Ein ungültiger Rechtsact liegt daher weder dann vor, wenn überhaupt nicht eine wirkliche Willensäußerung vorliegt, noch dann, wenn eine Willensäußerung der rechtlichen Bedeutung in Gemäßheit ihres Inhaltes entbehrt. Träte die rechtliche Geltung des geäußerten Willens ein als eine durch diesen geforderte, so verhielte sich der ungültige zum gültigen Rechtsacte wie der Versuch zur Vollendung. Es macht aber für die Existenz eines ungültigen Rechtsactes keinen Unterschied, ob seine Ungültigkeit von seinem Urheber gewußt oder nicht gewußt, ob sie ihm unerwünscht oder gleichgültig ist, und ein ungültiges Testament liegt nicht nur vor, wenn die Testaments-

form aus Versehen, sondern ebenso, wenn sie im Vertrauen auf die fides der Hinterbliebenen absichtlich vernachlässigt wurde.

Die Ungültigkeit ist entweder eine ursprüngliche oder eine nachträgliche, entweder eine gänzliche oder eine theilweise, und entweder eine vom Willen der Betheiligten unabhängige oder eine durch die Willenserklärung eines Betheiligten bedingte.

Eine nachträgliche ist die Ungültigkeit, wenn die vollzogene Willensäußerung nachträglich die Eigenschaft verliert, die noch nicht eingetretene Geltung ihres Inhaltes zu begründen; dagegen wird ihre Gültigkeit nicht mehr berührt durch einen die eingetretene Geltung ihres Inhaltes wieder aufhebenden Grund.

Eine theilweise kann die Ungültigkeit sein in Ansehung des statuirten Inhaltes, in Ansehung der Personen und bezüglich des Grades, in welchem er zu Recht besteht.

Betrifft der Grund der Ungültigkeit nur ein Stück des statuirten Inhaltes, so besteht dieser im Uebrigen zu Recht, er wäre denn nur in Verbindung mit jenem Stücke gewollt oder der rechtlichen Geltung fähig.

Im Gegensatze zur absoluten kann die Ungültigkeit eines Rechtsactes eine relative oder in Ansehung der durch seinen Inhalt berührten Personen beschränkte sein, weil der Grund der Ungültigkeit ein solcher ist, welchem nur zu Gunsten oder Ungunsten bestimmter Betheiligter Bedeutung zukommt. So hat die Handlungsunfähigkeit einer nur der Verfügung zu ihren Ungunsten nicht fähigen Person keine Bedeutung zu Gunsten der anderen Partei. Dasselbe gilt vom Falle eines Willensmangels, welcher außerdem im Falle des dolus nur zu Ungunsten der Schuldigen und nicht zu Ungunsten Dritter von Bedeutung ist. Ein relativ ungültiger ist auch der redliche Erwerb von einem zur Verfügung über die Sache nicht berechtigten als ein zwar im Verhältnisse zum Eigenthümer, aber nicht im Verhältnisse zu anderen Personen der Geltung entbehrenden. Natürlich wird aber dadurch, daß ein Inhalt nicht zu meinen Ungunsten zu Recht besteht, der Umfang nicht erweitert, in welchem er zu meinen Gunsten zu Recht besteht, so daß im Falle statuirter Leistung und Gegenleistung die Eigenschaft der einen Leistung als einer nicht geschuldeten nicht die andere zu einer solchen macht, welche ohne die Bereitschaft zu jener gefordert werden könnte. Die diese

Bereitschaft verneinende Berufung auf die relative Ungültigkeit des Rechtsactes ist daher zugleich ein Verzicht auf die eigene durch ihn begründete Forderung[1]).

In Ansehung ihres Grades ist die Ungültigkeit eine theilweise, wenn sie zwar nicht jede, aber doch die volle rechtliche Geltung des statuirten Inhaltes, z. B. zwar nicht die Existenz einer naturalis, aber diejenige einer civilis obligatio ausschließt.

Der vom Willen der Betheiligten unabhängigen Ungültigkeit oder der Nichtigkeit eines Rechtsactes setzen wir entgegen seine bloße Anfechtbarkeit. Wie die Geltung der Rechtsnormen selbst theils eine unbedingte theils durch die Unterlassung einer entgegengesetzten Bestimmung der Betheiligten bedingt ist (§ 12), so kann das Recht dem Inhalte des Privatwillens die Geltung nicht nur unbedingt verleihen oder unbedingt versagen, sondern auch für den Fall verleihen, daß sie nicht durch die Willenserklärung eines Betheiligten ausgeschlossen wird. Der anfechtbare Rechtsact ist im Gegensatze zum nichtigen ein ungültiger nur als ein angefochtener oder als ein solcher, gegen dessen Geltung Einspruch erhoben ist. So lange dieser zwar noch nicht erfolgt, aber auch noch nicht ausgeschlossen ist, kann jeder Betheiligte den Inhalt des Rechtsactes geltend machen. Indem aber zugleich jeder zur Anfechtung des Rechtsactes befugte seiner Geltendmachung entgegentreten kann, so ist sein Inhalt zunächst ein solcher, welcher nicht zu Ungunsten der zu seiner Anfechtung Befugten zu Recht besteht. Die bedingte Ungültigkeit des Rechtsactes begründet daher eine sofortige Beschränkung seiner Geltung, welche aber nur die Consequenz der schon jetzt bestehenden Möglichkeit ist, seine Geltung durch Anfechtung schlechthin auszuschließen. Als bloße Consequenz dieser Möglichkeit verliert die durch sie gegebene beschränkte Ungültigkeit durch den Eintritt der Entscheidung jede Bedeutung, so daß der Rechtsact durch die Vollziehung der Anfechtung die Eigenschaft eines von Anfang an in seinem vollen Umfange ungültigen und durch das Ausbleiben der Anfechtung die Eigenschaft eines von Anfang an in seinem vollen Umfange gültigen erlangt. Die Anfechtung ist entweder eine solche, welche durch private Erklärung, oder eine solche, die nur gerichtlich erfolgen kann, was insbesondere gilt von der durch

[1]) pr. J. de auct. tut. 1, 21. L. 13 § 29 D. de act. emt. 19, 1. L. 9 C. de usuc. pro emt. 7, 26.

die Forderung der in integrum restitutio und der durch querela inofficiosi testamenti erfolgenden Anfechtung.

Wie der anfechtbare Rechtsact durch den Wegfall der Möglichkeit seiner Anfechtung zu einem vollgültigen wird, so spricht man auch von einer Convalescenz nichtiger Rechtsacte, welche theils durch Bestätigung oder ratihabitio theils durch die nachträgliche Entstehung des die Möglichkeit der fraglichen Verfügung begründenden Rechtes eintrete. Es handelt sich aber hier um Rechtsacte, welche zwar nicht als unbedingte, wohl aber unter der Bedingung ihrer späteren Bestätigung oder eines späteren Erwerbes vollzogen werden konnten[2]), und deren Geltung im Falle jener Bestätigung oder dieses Erwerbes darauf beruht, daß sie trotz ihrer thatsächlichen Vollziehung als unbedingter als bedingt vollzogene gedeutet werden. Indem das Recht annimmt, daß der Wille unbedingter Vollziehung eines Rechtsactes als eines sofort in Kraft tretenden für den Fall eines seiner sofortigen Existenz entgegenstehenden Hindernisses den Willen seiner bedingten Vollziehung als eines durch den Wegfall jenes Hindernisses in Kraft tretenden in sich schließt, so ist jene sog. Convalescenz ein Fall der sog. Conversion der Rechtsacte. Diese besteht darin, daß anstatt des statuirten, aber der rechtlichen Geltung nicht fähigen ein anderer derselben fähiger Inhalt zu Recht besteht, wenn dieser zunächst nicht gewollte Inhalt doch als für den Fall gewollt anzusehen ist, daß der zunächst gewollte Inhalt nicht zur Geltung gelangt[3]). Unterscheidet sich der Rechtsact, welchen ich zu vollziehen meinte, von demjenigen Rechtsacte, dessen Erfordernissen meine Handlung genügt, nicht durch seinen Inhalt, sondern nur durch den Grad der diesem zukommenden Geltung, so ist schlecht-

---

[2]) Brinz, Pand. 1. Aufl. § 379 unterscheidet directe und indirecte, durch utiles actiones oder exceptiones vermittelte Convalescenz. Wird aber durch diese, wie er hervorhebt, den Consequenzen der Nichtigkeit vorgebeugt, so ist sie in Wirklichkeit durch den Ausschluß ihrer Consequenzen ausgeschlossen, und ob dieser Ausschluß ipso iure erfolgte, ist für uns gleichgültig. Der Fall einer durch späteren Erwerb convalescirenden Veräußerung (L. 41 D. de pig. act. 13, 7, l. 22 D. de pig. 20, 1, l. 42 D. de usuc. 41, 3) ist dem Falle der Convalescenz durch Bestätigung des Berechtigten (l. 16 § 1 D. de pig. 20, 1) gleichartig, indem hier wie dort die Verfügung behandelt wird als eine nicht für die Gegenwart, sondern für den Fall des späteren Erwerbes oder der Bestätigung getroffene.

[3]) L. 1 D. de iur. cod. 29, 7. L. 1 § 4 D. de pec. const. 13, 5.

hin derjenige Rechtsact vollzogen, dessen Existenzbedingungen vorliegen[4]).

**Anmerkung 1.** Indem die Eigenschaft einer Willensäußerung als eines Rechtsactes auf der rechtlichen Geltung ihres Inhaltes beruht, so ist sie insoweit, als diese ausgeschlossen ist, kein Rechtsact. Daraus folgt aber nicht, daß von ungültigen Rechtsacten nicht geredet werden dürfte; denn auch ein hölzernes Pferd ist kein wirkliches Pferd, und der ungültige Rechtsact steht in einem bestimmten Verhältnisse zum gültigen, von welchem er sich nicht als der bloße Schein eines Rechtsactes, sondern als eine wirkliche, aber durch den Willen des Rechtes der Geltung entbehrende Willensäußerung unterscheidet.

Den ungültigen Rechtsact nennt man theils einen nichtigen theils einen anfechtbaren. Von einer Anfechtung eines Rechtsactes spricht man aber in verschiedenem Sinne. Theils versteht man darunter die Forderung der Aufhebung seines Erfolges, welche unbeschadet seiner Gültigkeit Platz greifen kann, anderntheils die Geltendmachung seiner Ungültigkeit, so daß Gegenstand einer Anfechtung in jenem Sinne auch der vollgültige und in diesem auch der nichtige Rechtsact ist, wie wir denn unbedenklich z. B. von der Anfechtung eines Testamentes wegen Formfehlers reden. Im Gegensatze zur Nichtigkeit bedeutet daher die bloße Anfechtbarkeit nicht sowohl die Möglichkeit der Anfechtung als die Nothwendigkeit ihrer Vollziehung, wenn nicht durch ihre Unterlassung der Rechtsact zu einem unanfechtbaren werden soll, so daß die Bezeichnung der Anfechtbarkeit in ähnlicher Weise eine ungenaue ist, wie die Bezeichnung der Verbrauchbarkeit (S. 152). Bestritten ist

1) ob durch die vollzogene Anfechtung der Rechtsact ein nur von jetzt an nicht mehr zu Recht bestehender oder ein solcher wird, welcher überhaupt nicht zu Stande gekommen ist. Ein Vorgang, welcher dem Inhalte eines Rechtsactes nur die fernere Geltung entzieht, berührt aber nicht die Gültigkeit dieses Rechtsactes, so daß anfechtbar nur sein Erfolg als ein der Aufhebung ausgesetzter ist.

2) Bestritten ist ferner, ob der anfechtbare Rechtsact durch die Willensäußerung des zur Anfechtung Berechtigten oder erst durch die seinem Verlangen stattgebende richterliche Entscheidung zu einem ungültigen werde. Handelt es sich, wie bei der condictio indebiti, um eine bloße Anfechtung des Erfolges, so steht dieser einem nicht eingetretenen weder durch die Handlung des Berechtigten noch durch das gerichtliche Urtheil, sondern erst durch seine thatsächliche Beseitigung gleich; handelt es sich dagegen um einen Rechtsact von

---

[4]) So vollzog ein pactum de non petendo, wer eine acceptilatio zu vollziehen glaubte, ohne ihrer Form zu genügen. L. 8 pr., l. 19 D. de acc. 46, 4, und so vollzieht einen gültigen Schuldschein, wer einen solchen in der Absicht der Ausstellung eines Wechsels, aber unter Vernachlässigung der Form des Wechsels ausstellt.

anfechtbarer Existenz, so ist es die Willensäußerung des zu seiner Anfechtung Berechtigten, welche seine Existenz ausschließt, und daran ändert es nichts, ob diese Willensäußerung als private oder nur als gerichtliche erfolgen kann. Das der querela inofficiosi ausgesetzte Testament ist ein ungültiges, falls der Berechtigte durch ihre Anstellung gegen seine Geltung Einspruch erhebt. Der Verlust eines Rechtes durch Versäumung ist ausgeschlossen, wenn eine iusta causa restitutionis vorliegt und rechtzeitig geltend gemacht wird. In beiden Fällen ist die Anfechtung zwar nur als gerichtliche, aber nicht nur im Wege der Klage, sondern auch gegenüber einer fremden Klage möglich, welche durch die vollzogene Anfechtung zu einer unbegründeten wird. In beiden Fällen ist das der Anfechtung stattgebende Urtheil nicht ein solches, welches die Gültigkeit des angefochtenen Rechtsactes erst ausschlösse, sondern ein solches, welches die vollzogene Anfechtung als eine die Gültigkeit des Rechtsactes ausschließende constatirt.

Bezüglich der Nichtigkeit ist bestritten, ob sie nicht eine bedingte zu sein vermöge in dem doppelten Sinne einer solchen, deren Existenz vom Willen einer bestimmten Person abhängt, und einer solchen, deren Heilung sei es durch den Willen einer bestimmten Person sei es durch andere Umstände eintritt. In der ersten Bedeutung ist aber die bedingte Nichtigkeit nichts anderes als Anfechtbarkeit, welche jedoch nicht verwechselt werden darf mit der relativen oder nur für bestimmte am Inhalte des Rechtsactes betheiligte Personen bestehenden Nichtigkeit. Eine solche liegt nicht nur vor im Falle des sog. negotium claudicans, in welchem ex uno latere constat contractus, sondern auch im Falle desjenigen Erwerbes eines dinglichen Rechtes, durch welchen dieses nur als relatives oder nicht gegenüber allen Rechtsgenossen bestehendes entsteht. Diejenige Ungültigkeit, welche nicht für alle Betheiligte die Geltung des statuirten Inhaltes ausschließt, ist daher nicht als einseitige, sondern als relative zu bezeichnen, und der auf ihren Umfang sich beziehende Unterschied der absoluten und relativen Ungültigkeit ist nicht zu verwechseln mit dem auf ihre Bedingtheit durch eine Willensäußerung sich beziehenden Gegensatze der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Allerdings aber stehen die Fälle der Anfechtbarkeit und der relativen Nichtigkeit einander nahe, da der Geltendmachung des statuirten Inhaltes gegen den Anfechtungsberechtigten dieser durch Anfechtung des Rechtsactes entgegentreten und auf die relative Ungültigkeit derjenige, zu dessen Gunsten sie besteht, sich nicht berufen kann, ohne zugleich auf die Geltung des statuirten Inhaltes als eine zu seinen Gunsten bestehende zu verzichten. Mit Unrecht ist aber vom Verf. (Zum allg. Th. S. 108) die Anfechtbarkeit als „eine Verbindung von einseitiger und bedingter Ungültigkeit" bezeichnet worden; denn wer der Geltendmachung eines anfechtbaren Rechtsactes durch seine Anfechtung entgegentritt, vollzieht eine Willensäußerung, ohne welche jener gültig wäre. Auf einer Verwechselung der Anfechtbarkeit und der relativen Nichtigkeit beruht die Bezeichnung der ope exceptionis ungültigen Rechtsacte als anfechtbarer.

Von der unwiderruflichen oder unheilbaren Nichtigkeit eines Rechtsactes pflegt man eine heilbare zu unterscheiden, welche man in solchen Fällen annimmt, wo ein der rechtlichen Geltung zunächst nicht fähiger Inhalt dieselbe durch die nachträgliche Erfüllung eines Erfordernisses seiner Geltung erlangt. Durch diese kann er aber nur zur Geltung gelangen als ein für die Zeit derselben und damit unter der Bedingung derselben statuirter; es wird also hier die Statuirung des fraglichen Inhaltes im Interesse ihrer Geltung behandelt als eine nicht unbedingt und für die Gegenwart, sondern bedingt und damit erst für die Zukunft erfolgte, so daß diese sog. Convalescenz nichts anderes ist als ein Fall der sog. Conversion oder der im Interesse ihrer rechtlichen Geltung erfolgenden Umdeutung der vollzogenen Willensäußerung. Als eine für die Gegenwart erfolgte ist die ohne Zustimmung des Berechtigten vollzogene Verfügung über fremde Rechte schlechthin nichtig, und gültig ist sie nur durch ihre Deutung als einer für den Fall des Erwerbes des fraglichen Rechtes oder der Zustimmung seines Subjectes erfolgten.

Der B. G.-Entw. sagt in § 108 vom nichtigen Rechtsgeschäfte, es werde „in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen als ob es nicht vorgenommen wäre". Diese Bestimmung ist in ihrem Ergebnisse nicht falsch, aber in ihrer Fassung mangelhaft, da der nichtige Rechtsact ein wirklicher Rechtsact in der That nicht ist, während es ihm wesentlich ist, eine wirkliche Willensäußerung zu sein, welche durch ihre Nichtigkeit nicht als eine nicht vollzogene, sondern als eine den Bedingungen rechtsgültiger Willensäußerung nicht genügende und darum vom Rechte nicht beachtete behandelt wird. Von der Nichtigkeit unterscheidet der Entwurf mit Recht die im Falle möglicher Convalescenz bestehende „Unwirksamkeit" und der dagegen (auch vom Verf.) erhobene Widerspruch ist unbegründet. Allerdings ist „nichts sicherer als daß z. B. die Abtretung einer nicht existirenden Forderung nichtig oder keine wirkliche Abtretung einer Forderung ist" (Zum allg. Th. S. 110); diese Nichtigkeit ist aber gleich jeder unheilbar und jene Abtretung ist rechtlicher Geltung nur fähig durch ihre Deutung als eventuelle Abtretung einer möglicher Weise in Zukunft entstehenden Forderung.

Neuerdings will Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte 1887, den Begriff der Ungültigkeit auf den Fall der im Widerspruche mit allgemeinen Grundsätzen eintretenden Erfolglosigkeit beschränken. F. Endemann, Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze (1887) (S. 97) erklärt: „die durch dispositive Rechtsvorschrift angeordnete Ungültigkeit ist Anfechtbarkeit"; während aber die Geltung der dispositiven Rechtsnorm durch die Abwesenheit privater Normirung bedingt ist, so ist der anfechtbare Rechtsact gerade nur dann ungültig, wenn gegen seine Geltung Einspruch erhoben ist. Mitteis in Jhering's Jahrb. 28 (1889) nennt die Anfechtbarkeit „einen materiell verminderten Ungültigkeitsgrad", verwischt also wieder die Verschiedenheit der vom Privatwillen abhängenden und der in Ansehung ihres

Umfanges beschränkten Ungültigkeit. Vgl. noch v. Schey, Die Obl.verh. des östr. P.-R. (1890) S. 158.

**Anmerkung 2.** Gelegentlich der Ungültigkeit der Rechtsacte pflegt man den Begriff und die rechtliche Bedeutung der ratihabitio zu erörtern. Eine solche ist jede rechtlich erhebliche Gutheißung einer vollzogenen Handlung. Mit der Gültigkeit der genehmigten Handlung hat diejenige ratihabitio nichts zu schaffen, deren Bedeutung darin aufgeht, eine Ersatzforderung des Handelnden zu begründen. Die ratihabitio ist eine Bestätigung, wenn sie von Bedeutung für die rechtliche Geltung der Handlung ist, auf welche sie sich bezieht. Object einer Bestätigung kann nur die wirkliche Willensäußerung einer handlungsfähigen Person sein, welche entweder anfechtbar oder unter der Bedingung ihrer Bestätigung erfolgt ist. Dies gilt von jedem nicht ohne die Zustimmung einer anderen Person möglichen Rechtsacte, da er behufs Vermeidung seiner Nichtigkeit als ein bedingter gilt. Ein solcher Rechtsact ist die Verfügung in fremdem Namen, die Verfügung über fremde Rechte, und diejenige Verfügung in eigener Sache, welche nicht ohne Zustimmung des Vaters oder Vormundes möglich ist, welchenfalls seiner Bestätigung die eigene Bestätigung des nachträglich zur erforderlichen Verfügungsfähigkeit Gelangten gleichsteht. Die Bestätigung eines Rechtsactes ist bedingt durch die zur Statuirung seines Inhaltes erforderliche Handlungsfähigkeit, dagegen nicht durch die für seine Vollziehung erforderliche Form. Während der Rechtsact, dessen Anfechtbarkeit durch seine Bestätigung wegfällt, einem von vornherein vollgültig vollzogenen gleichsteht, so bemißt sich im Uebrigen die Bedeutung der Bestätigung durch ihre Eigenschaft als Erfüllung einer Bedingung, jedoch mit der Beschränkung, daß der bestätigten Verfügung die rechtsgültigen Verfügungen der Zwischenzeit vorgehen, weil nach ihrer Vollziehung die Bestätigung nur noch unbeschadet ihrer Geltung möglich war. Eine im Zweifel zu verneinende Frage der Auslegung ist es, ob die Bestätigung die Forderung der Nachholung desjenigen Erfolges begründet, welchen die sofortige Geltung des nun zur Geltung gelangenden Inhaltes gehabt hätte. Die Bestätigung ist ein Rechtsact, aber nicht ein eigenes Rechtsgeschäft, da sie nur in Verbindung mit dem bestätigten Rechtsacte die Geltung eines bestimmten Inhaltes begründet. Von ihr ist zu unterscheiden diejenige Aneignung eines gegebenen Inhaltes, durch welche er überhaupt erst ein Object einer für das Recht bestehenden Willensäußerung wird. „Bestätige" ich die Worte eines Handlungsunfähigen, so vollziehe ich eine selbständige Erklärung des durch sie fixirten Inhaltes, welche daher insbesondere der für seine Statuirung erforderlichen Form bedarf. Vgl. L. Seuffert, Die Ratihabition der Rechtsgeschäfte 1868.

**Anmerkung 3.** Der vielfach gelehrte Satz, daß eine Willensäußerung, deren rechtliche Geltung nicht durch ihren Inhalt schlechthin ausgeschlossen ist, stets gültig sei im Falle ihrer eidlichen Bestärkung, ist in dieser Allgemeinheit unserem Rechte fremd, wogegen theils schon nach römischem theils nach

canonischem Rechte theils nach der gemeinrechtlichen Praxis bestimmte Ungültigkeitsgründe im Falle eidlicher Bestärkung des geäußerten Willens wegfallen, wie die Verfügungsunfähigkeit des Minderjährigen. L. 1 C. si adv. vend. 2, 27 und dazu Friedrich's I. Authentica sacramenta puberum. Vgl. darüber Puchta, Pand. § 253.

## C. Die Delicte.

### § 59.

Die Existenz eines Delictes fordert

1) eine durch den Delinquenten verschuldete Verletzung eines Rechtssubjectes und

2) eine zu Gunsten des Verletzten auf Kosten des Schuldigen eintretende Rechtsfolge.

Die Existenz einer Verschuldung ist ausgeschlossen, wenn das einen anderen verletzende Verhalten ein erlaubtes war[1]), und sie ist dadurch bedingt, daß der Schuldige die durch sein Verhalten begründete Verletzung als eine Folge desselben vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können. Die Schuld ist theils die positive des dolus malus d. i. der pflichtwidrigen Absicht[2]) theils die negative der culpa oder Fahrlässigkeit d. i. der Abwesenheit pflichtmäßiger Vorsicht. War die Verletzung vom Schuldigen als eine nothwendige Folge seines Verhaltens vorhergesehen, so liegt stets dolus vor, sollte ihm auch diese Folge seines Verhaltens unerwünscht gewesen sein. War die Verletzung nur als eine mögliche Folge seines Verhaltens vom Schuldigen vorhergesehen, so ist sie eine dolos verursachte als eine positiv von ihm gewünschte; war ihre Möglichkeit von ihm nicht vorhergesehen, so liegt nie dolus vor, sollte auch die Verletzung eine dem Schuldigen erwünschte Folge seines Verhaltens sein. Gleich der Möglichkeit seines verletzenden Erfolges ist die Pflichtwidrigkeit des beobachteten Verhaltens eine dem Schuldigen im Falle des dolus nothwendig und im Falle der culpa möglicher Weise bewußte. Daher liegt kein dolus, weil keine bewußte Pflichtwidrigkeit vor, wenn die Verletzung zwar beabsichtigt war, aber für eine berechtigte gehalten wurde. Dagegen ist auch das culpose Verhalten ein bewußt pflicht-

---

[1]) L. 3—5 pr. D. ad. l. Aq. 9, 2.

[2]) § 1 J. bon. rapt. 4, 2. L. 7 § 4 D. de iurisd. 2, 1. L. 25 § 6 D. de her. pet. 5, 3. L. 3 § 3 D. de incend. 47, 9.

widriges, wenn die Verletzung als eine mögliche Folge desselben vorhergesehen, also die Pflicht ihrer Vermeidung bewußt vernachlässigt war.

Im Gegensatze zur Frage der absichtlichen Bewirkung eines Erfolges ist die Frage, ob ein solcher eine Folge meiner Fahrlässigkeit ist, nur einer relativen Beantwortung fähig, indem es darauf ankommt, ob er bei Aufwendung des von mir geschuldeten Maßes von Vorsicht unterblieben wäre. Der hiefür vom Privatrechte angelegte Maßstab ist ein von der Individualität des Schuldigen absehender Durchschnittsmaßstab. Eine unverschuldete ist stets diejenige Verletzung, deren Vermeidung ein ungewöhnliches Maß von Vorsicht erfordert hätte. Unter Umständen wird aber nicht für omnis, sondern nur für lata culpa gehaftet und diese liegt erst vor im Falle eines ungewöhnlichen Maßes von Mangel an Vorsicht[3]).

Die durch den Delinquenten verschuldete Verletzung ist nach römischem Rechte entweder eine persönliche Kränkung, welche nur als dolose ein Delict (eine iniuria) ist, oder eine pecuniäre Schädigung. Diese verpflichtet als dolose ausnahmslos zur Entschädigung, während die culpose Schädigung diese Verpflichtung nur in denjenigen bestimmten Fällen begründet, für welche das Recht sie statuirt. Eine solche besteht

1) für die Beschädigung der Sachen oder des Körpers eines anderen; sowie

2) für die Vereitelung der Erfüllung einer eigenen Obligation. Regelmäßig schließt die Verpflichtung zu einer bestimmten Leistung die Pflicht der Vermeidung ihrer Vereitelung in sich; doch beschränkt sich die Haftung für ihre Vereitelung

a) bei gewissen Obligationen auf den Fall des dolus und der in dieser Beziehung ihm gleichstehenden culpa lata, weshalb die Unterscheidung der für culpa und der nur für dolus verantwortlich machenden Obligationen eine Unterscheidung der auf omnis culpa sich erstreckenden und der auf lata culpa beschränkten Haftung ist. Diese Beschränkung greift Platz bei der mit keinem Vortheile für den Verpflichteten verbundenen Verpflichtung zur Restitution anvertrauter Sachen[4]).

---

[3]) L. 25 § 7 D. loc. 19, 2. L. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16.

[4]) Nur für diese Fälle gilt der in l. 108 § 12 D. de leg. I. (30) allgemein ausgesprochene Satz.

b) Bei gewissen Rechtsverhältnissen wird ausnahmsweise auf die Individualität des Verpflichteten die Rücksicht genommen, daß anstatt der diligentia diligentis die diligentia, quam suis rebus adhibere solet, oder dasjenige Maß von Vorsicht genügt, welches er in eigener Sache zu beobachten gewöhnt ist[5]).

Die Rechtsfolge des Delictes ist entweder ein Rechtsverlust oder eine Verpflichtung des Delinquenten. Im ersten Falle ist die Rechtsfolge diejenige der Verwirkung eines Rechtes, welches durch dieselbe entweder auf den Verletzten übergeht oder, wenn es eine Forderung gegen diesen ist, erlischt. In den meisten Fällen ist dagegen die Rechtsfolge des Delictes eine Forderung des Verletzten gegen den Schuldigen. Diese kann von verschiedener Natur sein in Ansehung ihres Grundes und in Ansehung ihres Inhaltes. Ihren Grund kann sie ausschließlich im Delicte als solchem haben, so daß sie eine eigene actio ex delicto ist. Ist aber ein bestimmtes Privatrecht verletzt, so kann die Geltendmachung seiner Verletzung auch erfolgen durch seine eigene Geltendmachung. Ist dieses Recht eine Forderung gegen den Schuldigen, so ist die durch sein Verschulden eintretende Aenderung ihres Inhaltes keine Entstehung einer neuen von der bisherigen verschiedenen Obligation, sondern lediglich eine Consequenz dieser, deren Vererbung sich daher insbesondere trotz der Unvererblichkeit der Delictsschulden nicht auf ihren ursprünglichen Inhalt beschränkt. Ist dagegen das durch den Schuldigen verletzte Recht ein dingliches, so ist die durch seine Verletzung begründete Obligation eine selbständige. So ist die Ersatzpflicht desjenigen, qui dolo malo possidere desiit oder liti se obtulit, keine bloße Consequenz der dem Besitzer gegen den Eigenthümer obliegenden Restitutionspflicht, sondern eine

---

[5]) Die Ermäßigung der Haftung ist hier eine geringere als im Falle der auf lata culpa beschränkten Haftung, und wenn es in l. 32 D. dep. 16, 3 als fraus oder lata culpa bezeichnet wird, daß wer non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nicht wenigstens ad suum modum curam in deposito praestat, so ist hier an einen Menschen von so wenig Fähigkeit oder Energie gedacht, daß die Unterlassung der von ihm gewöhnlich beobachteten Vorsicht mit einem überhaupt ungewöhnlichen Mangel an Vorsicht zusammenfällt; die Haftung für sog. culpa in concreto hat aber ihre specifische Bedeutung in solchen Fällen, wo der Haftende nicht überhaupt ein solcher ist, welcher in eigener Sache nur die grobe Fahrlässigkeit zu vermeiden pflegt, wohl aber an diejenige Art von diligentia nicht gewöhnt ist, welche die bestimmte von ihm wahrzunehmende Angelegenheit fordert.

eigene durch die gegenwärtige Existenz des (im Falle des Unterganges der Sache nothwendig untergegangenen) Eigenthums nicht bedingte Delictsschuld, welche nur formell als Erweiterung der Restitutionspflicht des Besitzers gegen den Eigenthümer dadurch behandelt wird, daß zu ihrer Geltendmachung die rei vindicatio zusteht. Vom Falle der Erweiterung einer Obligation durch die Vereitelung ihrer Erfüllung unterscheidet sich jener Fall dadurch, daß in ihm weder die Vererbung noch die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus Platz greift.

Während die auf ein anderes durch den Schuldigen verletztes Recht sich gründende Forderung über den Ersatz des Interesses des Verletzten am Unterbleiben der Verletzung nicht hinausgeht, so war nach römischem Rechte die actio ex delicto theils als eine auf die Forderung jenes Ersatzes sich beschränkende rem persequens theils als eine darüber hinausgehende poenalis [6]). Eine actio poenalis war stets die durch persönliche Kränkung begründete Forderung, welche als eine dem Gekränkten eine persönliche Genugthuung gewährende sog. actio vindictam spirans seinem Vermögen nicht angehörte und auf seine Erben nicht überging [7]). Die actiones poenales gehen über den mit allen Privatrechten ihnen gemeinsamen Zweck der Befriedigung eines Interesses des Berechtigten dadurch hinaus, daß sie außerdem die Bestrafung des Schuldigen oder die Vergeltung des von ihm gestifteten Uebels durch ein von ihm zu tragendes bezwecken. Der Inhalt der poenalis actio geht daher stets über die Rückerstattung des durch das Delict dem Schuldigen erwachsenen Vortheiles, dagegen nicht nothwendig über den Ersatz des durch das Delict dem Verletzten erwachsenen Nachtheiles hinaus, da die Nothwendigkeit seines Ersatzes im Falle einer mit einem Gewinne des Schuldigen nicht verbundenen Schädigung eine Vergeltung des von diesem gestifteten Schadens durch einen von ihm zu tragenden Schaden begründet; daher war eine poenalis actio die actio legis Aquiliae trotz ihres über den Ersatz des angerichteten Schadens nicht nothwendig hinausgehenden Inhaltes. Als eine nicht nur die Entschädigung des Verletzten, sondern auch die Bestrafung des Schuldigen bezweckende unterschied sie sich von einer auf den ersten Zweck sich beschränkenden Forderung

[6]) § 16 J. de act. 4, 6.

[7]) L. 2 § 4 D. de coll. 37, 6. L. 13 pr., l. 28 D. de iniur. 47, 10.

dadurch, daß im Falle mehrerer Schuldner die Leistung des geschuldeten Ersatzes durch den einen die anderen nicht befreite, weil dadurch zwar der Zweck der Entschädigung des Verletzten, aber nicht der andere der Bestrafung des bestimmten Schuldigen wegfiel[8]).

Dem heutigen Rechte gehören die Privatstrafen des römischen Rechtes nicht mehr an. Für diejenigen Delictsforderungen, welche poenales actiones waren, folgt aber daraus nicht ihr gänzlicher Wegfall, sondern nur die Beschränkung ihres Inhaltes auf die Entschädigung des Verletzten. Dies gilt nicht nur von den durch eine Schädigung begründeten Forderungen, sondern auch von der durch eine persönliche Kränkung des Verletzten begründeten actio iniuriarum[9]). Die durch sie dem Gekränkten verschaffte Genugthuung war zwar mehr als eine bloße Entschädigung, schloß aber im Falle einer durch die Kränkung erfahrenen Schädigung die Entschädigung für diese in sich, so daß für diesen Fall und mit dieser Beschränkung die Forderung noch unserem Rechte angehört. Von der actio doli unterscheidet sich die actio iniuriarum auch als eine auf die Forderung der Entschädigung beschränkte dadurch, daß jene eine bewußte Schädigung, dagegen diese nur eine von der Folge einer Schädigung thatsächlich begleitete bewußte Kränkung fordert. Gleich den Fällen der römischen poenales actiones verpflichtet aber zum Ersatze des durch dasselbe bewirkten Schadens jedes nach heutigem Recht strafbare Verhalten; denn eine Verletzung, welcher das Recht die Bedeutung beimißt, unabhängig vom Willen des Verletzten das Einschreiten des Staates hervorzurufen, begründet um so mehr für den Verletzten die Forderung seiner Entschädigung durch den Schuldigen.

Durch den Wegfall einer über die Pflicht der Entschädigung hinausgehenden Privatrechtsfolge der Delicte sind auch die durch Delict begründeten Verwirkungen theils in Ermangelung einer

---

[8]) L. 11 § 2 D. ad l. Aq.

[9]) Existirte neben der actio iniuriarum eine Entschädigungsforderung, so beschränkte sich jene auf die Ahndung der persönlichen Kränkung; andernfalls dagegen ahndete sie mit dieser auch die dem Verletzten zugefügte Schädigung, und daraus, daß die Kränkung, soweit sie eine Schädigung nicht in sich schließt, eine Forderung nicht mehr begründet, folgt nicht, daß auch im Falle eines durch sie erlittenen Schadens jede Forderung weggefallen wäre. Als eine in Ermangelung einer anderen Ersatzforderung behufs seines Ersatzes zustehende gehört daher die actio iniuriarum noch dem heutigen Rechte an.

Schädigung desjenigen, zu dessen Gunsten sie eintraten, schlechthin weggefallen, theils im Falle einer solchen dadurch bedingt, daß der Schuldige nicht die Entschädigung des Verletzten vorzieht.

**Anmerkung 1.** Es ist seit dem Werke Hasse's (Die Culpa des R. R. 1815. 2. Ausg. 1838) kaum bestritten, daß das römische Recht nicht, wie man früher annahm, drei, sondern nur zwei Grade der culpa kennt. Nennt es die lata culpa eine nimia negligentia (L. 213 § 2 D. de V. S.), während es an jeder culpa fehle, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset (l. 25 § 7 D. loc. 19, 2), so grenzt es dadurch das Gebiet der culpa auf der einen Seite gegen das Gebiet des dolus und auf der anderen gegen dasjenige des casus ab. Es liegt also nicht mehr culpa, sondern dolus vor, sobald anstatt der negligentia der positive Wille pflichtwidriger Verletzung vorliegt, und daran ändert es nichts, daß nicht jeder dolus die infamirende actio doli begründete. Umgekehrt liegt nicht mehr culpa, sondern casus vor im Falle eines trotz Aufwendung der diligentia diligentis möglichen Erfolges, und daran ändert es nichts, daß dieser Erfolg vielleicht durch eine ganz besondere auch dem Diligenten regelmäßig fremde Diligenz hätte abgewendet werden können; die Verantwortlichkeit für einen solchen Erfolg ist daher eine Haftung nicht mehr für culpa, sondern für casus (vgl. Kr. Vjschr. für R. W. 26, S. 531 ff.). Fragen wir aber, wann die diligentia diligentis beobachtet oder wann umgekehrt eine negligentia eine nimia sei, so handelt es sich um Durchschnittsmaßstäbe, deren Anwendung nicht möglich ist ohne Vertrautheit mit der Sitte des Lebens. Eine nimia negligentia ist eine Nachlässigkeit, zu deren Vermeidung ein Maß von Fähigkeit und Anstrengung genügt, dessen Mangel nach der Erfahrung des Lebens ein ungewöhnlicher ist; an jeder culpa fehlt es, wenn die Abwendung des fraglichen Erfolges ein nach der Erfahrung des Lebens ungewöhnliches Maß von Fähigkeit oder Anstrengung erfordert hätte. Auf die Individualität des Haftenden kommt, er wäre denn ein nur bedingt zurechnungsfähiger impubes (S. 203, Note 6), in beiden Fällen nichts an, und dadurch unterscheidet sich die privatrechtliche culpa von der strafrechtlichen, welcher nie schuldig ist, wem nach Maßgabe seiner individuellen Fähigkeit die begangene Fahrlässigkeit nicht zum Vorwurfe gereicht. Nur ausnahmsweise findet, soweit nicht lata culpa vorliegt, der Mangel individueller Fähigkeit Berücksichtigung. Wie aber schon die Haftung für diligentia quam suis rebus adhibere solet eine Ermäßigung der an sich im Begriffe der culpa liegenden Haftung für volle diligentia ist, so ist auch die bloße Haftung für nimia negligentia eine ausnahmsweise, aus besonderer Rücksicht für den Haftenden Platz greifende, und der in den Quellen ausgesprochene Grundsatz, daß nur für diese hafte, wer von dem die Haftung begründenden Rechtsverhältnisse keinen Vortheil hat, ist ein, wie das Beispiel des mandatum und der negotiorum

gestio zeigt, keineswegs allgemeiner, sondern auf die Verbindlichkeit der Restitution anvertrauter Sachen sich beschränkender.

Der B. G.=Entw. § 144 bestimmt die Fahrlässigkeit als Vernachlässigung und die grobe Fahrlässigkeit als besonders schwere Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters. Die Wahl dieser Bezeichnung, deren Bedeutung eine wesentlich engere ist als diejenige des pater familias, fällt um so mehr auf, da nach den Motiven (1 S. 280) die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters keine andere ist als diejenige eines gewöhnlichen Menschen.

**Anmerkung 2.** Die einzige bis zum Reichsstrafgesetzbuche noch dem gemeinen Rechte zweifellos angehörende Forderung einer Privatstrafe war die actio iniuriarum aestimatoria. Jenes Gesetz hat diese Forderung jedenfalls für die von ihm mit öffentlicher Strafe belegte „Beleidigung" aufgehoben; es läßt sich aber ihre Fortdauer auch in anderen Fällen der iniuria nicht mit Ihering (in s. Jahrb. 23 VI) annehmen; denn einem Gesetze, welches dem an seiner Ehre Gekränkten die Forderung einer Privatstrafe aberkennt, wäre deren Fortdauer für die Fälle einer die Ehre nicht antastenden Kränkung nicht gemäß. Dagegen ist die vom Gesetze ausschließlich geregelte Materie nur die Bestrafung der iniuria; über die Entschädigung des Verletzten trifft es zwar für besondere Fälle die besondere Bestimmung des § 188, welche jedoch eine im bisherigen Rechte begründete Entschädigungsforderung nur insoferne berührt als diese nicht neben der Forderung des § 188 erhoben werden kann. Eine solche schließt aber jede poenalis actio wegen eines den Verletzten schädigenden Delictes in sich, soweit nicht neben derselben eine eigene Entschädigungsforderung besteht. Der Gegensatz der rem persequentes und der poenales actiones bezeichnet im ersten Falle die Befriedigung des Interesses des Berechtigten, aber nicht im zweiten die Bestrafung des Schuldigen als den einzigen Zweck der Forderung; vielmehr besteht dieser neben dem der poenalis actio mit jedem Privatrechte gemeinsamen Zwecke der Befriedigung des Interesses des Berechtigten. Ist nun durch die Beseitigung der Privatstrafen der Zweck der Bestrafung des Schuldigen und der durch diese dem Berechtigten zu Theil werdenden persönlichen Genugthuung weggefallen, so ist damit die Forderung insoweit aber auch nur insoweit weggefallen, als nicht die durch sie geahndete Verletzung eine Schädigung ist, welchenfalls die zum Zwecke ihrer Heilung bestehende Forderung als eine auf den Zweck der Entschädigung sich beschränkende fortbesteht. Was aber von den poenales actiones gilt, muß ebenso von der zum Zwecke der Strafe (namentlich wegen unerlaubter Eigenmacht § 61) eintretenden Verwirkung gelten; auch hier aber ist im Falle pecuniärer Schädigung mit dem Zwecke der Bestrafung nicht zugleich der Zweck der Entschädigung weggefallen, so daß im Falle eines vom Schuldigen gestifteten Schadens der Wegfall der vom römischen Rechte statuirten Verwirkung an den Verletzten durch seine Entschädigung bedingt ist.

## IV. Die in integrum restitutio.

### § 60.

Gleich einem Rechtsacte kann auch eine andere juristische Thatsache in dem Sinne anfechtbar sein, daß der binnen bestimmter Frist durch eine bestimmte dazu berechtigte Person erhobene Einspruch ihre rechtliche Existenz ausschließt. Diese Bedeutung hat es, wenn gegenüber bestimmten Thatsachen mir die Forderung der in integrum restitutio zusteht. Trotz des Namens handelt es sich hier nicht sowohl um die Wiederherstellung eines untergegangenen Rechtszustandes als um eine nachträgliche Verneinung seines Unterganges, und wenn die Restitution bezeichnet wird als eine nicht schon durch den Einspruch des Restituenden gegen die erfolgte Aenderung eintretende, sondern von diesem zu beantragende und erst durch die Bewilligung seines Antrages sich vollziehende, so ist doch die richterliche Bewilligung der geforderten Restitution nichts anderes als eine Anerkennung des Umstandes, daß der durch ihre Forderung erhobene Einspruch als ein rechtsgültiger die rechtliche Bedeutung ausschloß, welche ohne ihn der fraglichen Thatsache zugekommen wäre. Von einer durch private Willensäußerung vollziehbaren Anfechtung unterscheidet sich daher diese nur durch die Nothwendigkeit ihrer Vollziehung vor Gericht, welche aber nicht nur durch eine eigene Klage, sondern auch gegenüber einer fremden Klage erfolgen kann.

Dieses Verhältniß wurde für die römische Anschauung verdeckt durch die Auffassung der in integrum restitutio als eines für den einzelnen Fall das bestehende Recht außer Kraft setzenden Actes der obrigkeitlichen Gewalt, durch welchen ein von Rechtswegen schlechthin erloschener Zustand dieselbe Behandlung erfährt, wie wenn er noch zu Recht bestünde. Die Behandlung eines Rechtszustandes als eines noch bestehenden ist aber eine Verneinung seines Unterganges; indem daher das prätorische Edict unter bestimmten Bedingungen jene Behandlung verhieß, so hat es für den Fall ihrer Erfüllung den Untergang des fraglichen Rechtszustandes verneint. Daran ändert nichts der Umstand, daß der Prätor die Entscheidung darüber, ob die Bedingungen jener Behandlung zutreffen, sich selbst vorbehalten, und daß er diese Bedingungen in einer Weise normirt hat, die seinem Ermessen

einen weiten Spielraum ließ. Nach justinianischem und heutigem Rechte steht die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu, und daß bezüglich derselben sein Ermessen ein freieres ist als in anderen Fällen, ist keine principielle Besonderheit, da auch sonst die Freiheit des richterlichen Ermessens nach Maßgabe der verschiedenen Elasticität der anzuwendenden Normen (§ 14) eine verschiedene ist.

Object dieser Anfechtung sind solche Thatsachen, deren rechtliche Bedeutung den Restituenden verletzt, wenn aus bestimmten Gründen diese Verletzung eine ungerechtfertigte ist. Die Möglichkeit der Anfechtung erlischt durch Ablauf der Einspruchsfrist, welche nach justinianischem Rechte vier Jahre beträgt[1]).

Das Erforderniß der Verletzung durch die rechtliche Bedeutung der fraglichen Thatsache fehlt nicht nur, wenn dieser überhaupt keine rechtliche Bedeutung zu Ungunsten des Restituenden zukommt, sondern auch, wenn die Gefahr seiner Verletzung durch ihre rechtliche Bedeutung auf anderem Wege als demjenigen ihrer Anfechtung ausgeschlossen werden kann. Dagegen steht der Anfechtung die Möglichkeit nicht entgegen, die Heilung der durch die rechtliche Bedeutung der fraglichen Thatsache erlittenen Verletzung herbeizuführen[2]). Ausgeschlossen ist die Anfechtung im Falle einer in Folge eines eigenen dolus erlittenen Verletzung[3]), sodann im Falle einer solchen Verletzung, deren Abwendung durch Anfechtung der fraglichen Thatsache nicht möglich ist ohne ungerechtfertigte Verletzung des Gegners[4]), und bestimmte Thatsachen sind der Anfechtung schlechthin entrückt[5]).

Eine ungerechtfertigte ist die Verletzung, wenn sie ihren Grund hat in der besonderen Stellung des Restituenden als eines minderjährigen[6]) oder in seiner äußeren Lage als eines an derjenigen Handlung verhinderten, welche die fragliche Thatsache abgewendet hätte[7]). Da dieser Zustand des Restituenden zugleich

---

[1]) L. 7 C. de temp. i. i. r. 2, 52.

[2]) L. 16 D. de. min. 4, 4. L. 7 § 1 D. de i. i. r. 4, 1.

[3]) L. 9 § 2 sqq. D. de min. 4, 4. L. 26 § 6 D. ex. quib. c. mai. 4, 6.

[4]) L. 18, 20 D. ex quib. c. mai. 4, 6.

[5]) L. 2 C. qui et adv. quos. 2, 41. L. 3 C. de praescr. 30 ann. 7, 39. L. 5 C. de iur. hastae fisc. 10, 3.

[6]) D. 4, 4 de minoribus.

[7]) D. 4, 6 ex quibus causis maiores 25 annis in integrum restituuntur.

ein Hinderniß der Anfechtung sein kann, so beginnt erst mit seinem Wegfalle die Anfechtungsfrist[8]).

Die Verhinderung des Restituenden an der Vollziehung einer die angefochtene Thatsache ausschließenden Handlung kann ihren Grund namentlich haben in der eigenen Abwesenheit und in der Unzugänglichkeit einer solchen Person, der gegenüber oder in deren Anwesenheit jene Handlung zu vollziehen war. Indem das prätorische die Restitution statuirende Edict von diesen Fällen ausging, so führt die aus dem Grunde der Verhinderung Platz greifende Restitution den Namen der restitutio propter absentiam. Doch ist der eigenen und fremden absentia[9]) jeder andere Verhinderungsgrund von gleicher thatsächlicher Bedeutung gleichgestellt; ein solcher ist insbesondere nicht nur Krankheit, sondern auch Irrthum. Eine vom Willen des Restituenden schlechthin unabhängige und für ihn schlechthin unüberwindliche Verhinderung wird nicht gefordert; vielmehr ist es Sache der richterlichen Würdigung, ob im gegebenen Falle die Berufung auf die Verhinderung deshalb eine ungerechtfertigte ist, weil entweder ihre Existenz oder die Unterlassung ihrer Ueberwindung dem Restituenden zum Vorwurfe gereicht[10]).

Ist der Restituend ein Minderjähriger, welchem Gemeinden[11]) und nach canonischem Rechte kirchliche Anstalten gleichstehen, so besteht bezüglich der wegen Verhinderung Platz greifenden Restitution die Besonderheit, daß es ihm nicht zum Vorwurfe gemacht werden kann, durch eigene Unachtsamkeit die Verhinderung herbeigeführt oder nicht überwunden zu haben. Dazu kommt aber als eine ausschließlich dem Minderjährigen zugängliche Restitution diejenige gegen Rechtsacte, welche ohne seine Minderjährigkeit unterblieben wären. Solche sind nicht nur diejenigen eigenen Handlungen des Minderjährigen, welche ein durchaus Besonnener und Erfahrener nicht vollzogen hätte, sondern auch die aus Nachlässigkeit oder Untreue für ihn vollzogenen Handlungen seines Vormundes oder der Vormundschaftsbehörde, da es seine die Nothwendigkeit seiner Bevormundung begründende Minderjährigkeit ist, welche ihn

---

8) L. 7 C. de temp. i. i. r. 2, 52.

9) durch die sog. clausula generalis: si qua alia mihi iusta causa esse videbitur. L. 1 in fin. D. ex quib. c. m.

10) L. 20 pr. D. de min. L. 26 § 9, l. 28 pr. D. ex q. c. m. Vgl. Brinz, Pand. 2. Aufl. I, S. 423 ff.

11) L. 4 C. ex q. c. m. 2, 53. L. 3 C. de iure reip. 11, 30.

der Gefahr der Verletzung durch die Handlungen jener Personen aussetzt[12]).

Als weitere Restitutionsgründe pflegt man metus, dolus und error zu nennen. Erfolgt aber die Restitution wegen einer durch Furcht oder Irrthum gerechtfertigten Unterlassung, so liegt eine restitutio propter absentiam vor, und die Restitution des durch einen erzwungenen Rechtsact aufgegebenen Rechtes ist nichts anderes als eine prätorische Fortdauer desselben (S. 230). Object einer eigenen restitutio propter dolum und propter errorem sind nicht Privatrechtsacte, sondern nur obrigkeitliche und richterliche Entscheidungen, so daß dieselbe von privatrechtlicher Bedeutung nur insoweit ist als solche Entscheidungen Privatrechtsfolgen begründen[13]).

Die Anfechtung, welche auch den Rechtsnachfolgern zusteht[14]), hat zu erfolgen gegenüber der durch die angefochtene Thatsache berechtigten beziehungsweise von einer Verpflichtung oder rechtlichen Beschränkung befreiten Person oder ihren Erben. Der Singularsuccessor ist der Anfechtung im Falle der restitutio propter absentiam schlechthin, im Falle der restitutio minorum nur dann ausgesetzt, wenn er die Anfechtbarkeit des Rechtsactes beim Erwerbe seines Rechtes kannte oder dem Minderjährigen kein anderes Mittel der Heilung seiner Verletzung zu Gebote steht[15]).

Indem durch ihre rechtsgültige Anfechtung die angefochtene Thatsache zu einer der rechtlichen Bedeutung entbehrenden wird, so kommt sie nicht nur dem Restituenden, sondern, soweit die rechtliche Bedeutung der angefochtenen Thatsache zu Ungunsten des Gegners gereicht, ebenso diesem zu gute[16]).

Die Anfechtung kann entweder für sich oder in Verbindung mit der Geltendmachung desjenigen Rechtes erfolgen, dessen Existenz als eines ohne die Anfechtung erloschenen durch diese bedingt ist. Im zweiten Falle erstreckt sich die Entscheidung sowohl auf die Gültigkeit der erfolgten Anfechtung als auf die sonstigen Existenz-

---

[12]) L. 29 pr., 38 pr., 47 pr. D. de min. L. 2—5 C. si tutor 2, 24.

[13]) Im Falle der l. 1 § 17 D. de separ. 42, 6 ist Object der Anfechtung das die separatio bonorum statuirende Decret, während die Möglichkeit einer Anfechtung von privaten Rechtsacten durch Forderung der in integrum restitutio propter errorem oder propter dolum nicht erwiesen ist.

[14]) L. 6 D. de i. i. r.

[15]) L. 13 § 1, l. 14 D. de min.

[16]) L. 24 § 4, l. 27 § 1, 47 § 1 D. de min.

bedingungen des geltend gemachten Rechtsverhältnisses. Während die Entscheidung der ersten Frage nach römischem Rechte ausschließlich der Obrigkeit zustand, so konnte diese die zweite Frage sowohl selbst entscheiden als der Entscheidung des Richters überweisen, so daß von der in integrum restitutio zu unterscheiden war das auf Grund derselben Platz greifende iudicium rescissorium sive restitutorium [17]); nach heutigem Rechte ist dagegen das Verfahren stets ein einheitliches.

**Anmerkung.** Gleich dem Wesen der in integrum restitutio ist die ihr im Systeme des Privatrechtes anzuweisende Stellung bestritten. Als entscheidend bezeichnet Windscheid § 114 mit Recht den durch sie begründeten Ausschluß der rechtlichen Folgen einer Thatsache. Wenn er aber diesen als eine „Wiederaufhebung rechtlicher Wirkungen durch richterlichen Spruch" bezeichnet, so ist es in Wirklichkeit die durch den Restitutionsberechtigten vollzogene Anfechtung, welche der Richter durch die Gewährung der Restitution als eine die rechtliche Bedeutung der fraglichen Thatsache ausschließende anerkennt, und dieser Ausschluß ist nicht eine Aufhebung der angefochtenen Rechtsfolge als einer eingetretenen, sondern eine Verneinung ihres erfolgten Eintrittes, deren Bezeichnung als einer Fiction (z. B. durch Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 1646) auf einer Verwechselung rechtlicher und realer Existenz beruht (vgl. S. 265 oben). Keinen sachlichen Unterschied bedeutet es, ob wir als Object der vollzogenen Anfechtung die Rechtsfolge oder die sie begründende Thatsache bezeichnen; Object der Anfechtung ist die bestimmte Thatsache als eine die bestimmte Rechtsfolge begründende oder die bestimmte Rechtsfolge als eine durch die bestimmte Thatsache begründete; die rechtsgültige Anfechtung schließt die Existenz der fraglichen Thatsache als einer die fragliche Rechtsfolge begründenden oder der fraglichen Rechtsfolge als einer durch die fragliche Thatsache begründeten aus; daß einer rechtsgültigen Anfechtung die vom Richter mit Unrecht als begründet anerkannte und einer ungültigen die vom Richter verworfene Anfechtung gleichsteht, gilt vermöge der Rechtskraft des Urtheiles in gleicher Weise von jeder anderen Willensäußerung.

Wie der römische Sprachgebrauch überhaupt eine anfechtbare juristische Thatsache weder von einer solchen Thatsache, deren rechtliche Bedeutungslosigkeit nicht von ihrer Anfechtung abhängt, noch von einer solchen scharf unterscheidet, bezüglich welcher nur die Möglichkeit der Wiederaufhebung ihrer Rechtsfolge besteht, so umfaßt insbesondere die Bezeichnung der integri restitutio sowohl schlechthin zu Recht bestehende Thatsachen, deren Rechtsfolge der Wiederaufhebung ausgesetzt ist als auch solche Thatsachen, welche der rechtlichen Bedeutung schlechthin entbehren. Der zweite Fall trifft nicht nur, wie allgemein

[17]) L. 13 § 1 D. de min.

anerkannt ist, bei der in integrum restitutio propter capitis deminutionem (l. 2 § 1 D. de cap. min. 4, 5) zu, sondern ebenso bei der restitutio propter metum (S. 230), während auf der anderen Seite von einer Restitution aus diesem Grunde auch im entgegengesetzten Sinne der durch die actio quod metus causa geforderten Wiederherstellung des früheren Zustandes die Rede ist. Aufs Deutlichste ergibt sich dies aus l. 9 D. quod met. causa, wo Ulpian in § 2 als Object der Restitution aedificii depositionem nennt und in § 7, 8 von einer restitutio officio iudicis facienda spricht, während er zwischendurch in § 4 von einer rescissa liberatione gewährten in personam actio redet, wobei wir das eine Mal mit der durch die actio quod metus causa geforderten Wiederherstellung des früheren Zustandes und das andere Mal mit seiner prätorischen eine ficticia actio begründenden Fortdauer es zu thun haben.

Als eine Besonderheit der eigentlichen in integrum restitutio pflegt man die ihr zukommende Eigenschaft eines extraordinarium auxilium (l. 16 D. de min. 4, 4) zu bezeichnen. Doch ist sie nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß die eingetretene Verletzung auch auf anderem Wege geheilt werden kann, sondern nur dadurch, daß mit der fraglichen Thatsache eine den Restituenden verletzende Rechtsfolge sich überhaupt nicht verbindet (l. 16 cit. § 3), und dies folgt aus dem Wesen der Anfechtbarkeit, da eine in Ansehung ihrer rechtlichen Bedeutung anfechtbare nur diejenige Thatsache ist, welche im Falle der Unterlassung ihrer Anfechtung von rechtlicher Bedeutung ist. Daß, wie vielfach gelehrt wird, nur behufs Abwendung einer erheblichen Verletzung die Restitution Platz greife, gilt nur im Sinne ihres Ausschlusses aus Rücksicht auf den durch die Restitution verletzten Gegner, welche die Rücksicht auf den Restituenden theils deshalb, weil auch jener ein Minderjähriger ist, theils wegen des Maßes der durch die Gewährung oder Versagung der Restitution dem einen oder anderen drohenden Verletzung, theils deshalb überwiegen kann, weil dem Restituenden nur ein Gewinn entgangen ist, während durch die Restitution der Gegner einen positiven Schaden erlitte. Sowohl in dieser Frage als bezüglich des Zutreffens der iusta causa ist das richterliche Ermessen im Zusammenhange damit, daß es ursprünglich ein prätorisches war, ein besonders freies, so daß die hier vorliegende Anfechtungsbefugniß von anderen sich theils durch die der richterlichen Würdigung unterliegende Bedingung einer unverdienten Schädigung theils dadurch unterscheidet, daß sie auch auf andere Thatsachen als Rechtsacte sich erstreckt. Das Erforderniß ihrer gerichtlichen Vollziehung hat sie mit anderen Fällen, insbesondere demjenigen der querela inofficiosi testamenti gemein. Ueber die Frage, wem gegenüber sie zu vollziehen ist, vgl. Wetzell, disp. de quaestione, adv. quem i. i. r. imploranda sit (Marburger Programm 1850). Ueber die in integr. rest. überhaupt Bekker, Actionen II S. 74 ff.

# Vierter Abschnitt. Die Rechte.

## I. Ueberhaupt.

### § 61.

Das Privatrecht ist ein die Rechtsgenossen zu seiner Respectirung verpflichtendes, ein die Rechtsgemeinschaft zu seinem Schutze verpflichtendes, und vielfach ein zu bestimmten Rechtsacten befähigendes.

In Gemäßheit des verschiedenen Inhaltes der Rechtsnormen (§ 11) ist der Inhalt der Privatrechte ein verschiedener in der doppelten Richtung, daß er theils dem Berechtigten bestimmte Handlungen erlaubt theils anderen bestimmte Handlungen oder Unterlassungen gebietet, und daß die durch ihn begründeten Gebote theils den Rechtsgenossen als solchen theils nur bestimmten Personen gelten. Der erlaubende Rechtsinhalt begründet eine positive Befugniß des Berechtigten, welcher eine negative Verpflichtung der übrigen Rechtsgenossen entspricht. Der gebietende Rechtsinhalt begründet eine positive Verpflichtung einer bestimmten Person, welcher die Befugniß des Berechtigten zur Forderung ihrer Erfüllung entspricht. Der verbietende Rechtsinhalt begründet eine negative Verpflichtung sei es der übrigen Rechtsgenossen oder einer bestimmten Person, welcher zunächst keine positive Befugniß des Berechtigten entspricht. Auch die zunächst nur erlaubenden oder verbietenden Rechte begründen aber unter bestimmten Bedingungen positive Verpflichtungen bestimmter Personen und damit bestimmte Forderungen. Das erlaubende Recht begründet für den Fall der nicht ohne verbotene Eigenmacht möglichen Realisirung seines Inhaltes gegen die ihr im Wege stehende Person die Forderung ihrer Ermöglichung. Das verbietende Recht begründet für den Fall der Zuwiderhandlung die Forderung der Beseitigung ihres Erfolges. Daher ist es jedem Privatrechte eigen, möglicher Weise eine Forderung des Berechtigten gegen einen bestimmten Verpflichteten zu begründen. Das Recht, dessen Inhalt die Rechtsgenossen als solche verpflichtet, kann Forderungen gegen beliebige Rechtsgenossen begründen, begründet aber solche nie schon durch seine Existenz. Das Recht, dessen Inhalt eine bestimmte Person verpflichtet, kann nur gegen diese eine Forderung begründen

und begründet eine solche theils sofort theils erst später oder nur unter Umständen, weil der Verpflichtete eine erst später zu vollziehende Handlung oder eine bloße Unterlassung schuldet. Im Gegensatze zu anderen ist das mit der Verpflichtung einer bestimmten Person sich deckende und nur gegen diese eine Forderung begründende Recht eine Obligation oder ein Forderungsrecht.

Außer den Forderungen, die es gegen bestimmte Rechtsgenossen begründet, begründet das Privatrecht gegen die Rechtsgemeinschaft die Forderung des Rechtsschutzes, welche nicht selbst eine privatrechtliche, aber als eine durch das Privatrecht begründete eine öffentlich rechtliche Ergänzung desselben ist. So lange dieses eine privatrechtliche Forderung nicht begründet, bedarf es in der Regel nicht des Schutzes durch die Organe der Rechtsgemeinschaft, wogegen erst durch diesen die privatrechtliche Forderung die Gewährleistung ihrer Durchsetzung als einer vom Willen des Verpflichteten unabhängigen findet. Während daher die privatrechtliche Forderung durch ihre bloße Existenz die Forderung des Rechtsschutzes begründet, so bedarf es im Uebrigen zu ihrer Begründung einer Gefährdung des Inhaltes des Privatrechtes, sei sie nun eine Gefährdung seines zur Zeit noch nicht verletzten Bestandes oder seiner zur Zeit noch nicht geschuldeten Verwirklichung. Eine solche Gefährdung kann auch durch das Verhalten anderer als der durch den Inhalt des fraglichen Rechtes verpflichteten Personen erfolgen, und der Gefährdung seines Bestandes ist der Inhalt der privatrechtlichen Freiheit ebensosehr ausgesetzt als der Inhalt eines Privatrechtes, weshalb hier die Forderung des Rechtsschutzes durch eine privatrechtliche Verpflichtung desjenigen, dem gegenüber sie erhoben wird, nicht bedingt ist und nicht nur die Existenz eines eigenen, sondern auch die Nichtexistenz eines fremden die eigene Freiheit beschränkenden Privatrechtes geltend zu machen vermag. Die Forderung des Rechtsschutzes als eine nicht der Durchsetzung einer privaten Forderung, sondern der Abwehr einer Gefährdung dienende hatte das römische Recht nur für bestimmte Fälle zugelassen; dagegen besteht sie nach heutigem Rechte gegenüber jeder Gefährdung, welche nach dem Ermessen des Richters das Bedürfniß der Feststellung der fraglichen Rechtsbeziehung begründet.

Die Forderung des Rechtsschutzes wird durch den römischen Namen der actio und den deutschen Namen des Klagerechtes oder der

Klage bezeichnet. Die actio oder Klage in diesem Sinne des materiellen Klagerechtes ist zu unterscheiden von der proceßrechtlichen Möglichkeit der Erhebung einer gerichtlichen Klage als einer davon, ob diese materiell begründet ist, unabhängigen. Indem das Privatrecht die rechtliche Sicherung der Verwirklichung seines Inhaltes in der Möglichkeit seiner gerichtlichen Geltendmachung findet, so ist die Existenz desjenigen Privatrechtes, welches, wie die naturalis obligatio, ausnahmsweise eine Klage nicht zu begründen vermag, eine unvollkommene. Als eine durch die Existenz einer privatrechtlichen Forderung gegebene identificirt das römische Recht die Forderung des Rechtsschutzes mit jener[1]). Es unterscheidet daher von der eine privatrechtliche Forderung geltend machenden actio im engeren Sinne die praeiudicialis actio[2]). Der heutige Sprachgebrauch setzt diese als Feststellungs- oder Anerkennungsklage der Leistungsklage entgegen. Jene unterscheidet sich von dieser nicht etwa dadurch, daß anstatt der Verurtheilung des Beklagten zu einer realen Leistung seine Verurtheilung zur Anerkennung eines Rechtsverhältnisses gefordert würde; vielmehr ist der Gegenstand der Klage die richterliche Anerkennung der vom Kläger behaupteten Rechtsbeziehung, und von einer Leistungsklage unterscheidet sie sich dadurch, daß jene Rechtsbeziehung nicht eine vom Beklagten zu erfüllende Forderung und daher der Zweck ihrer Geltendmachung nicht eine Leistung des Beklagten ist.

Der Ergänzung des Privatrechtes durch die Befugniß seiner gerichtlichen Geltendmachung steht gegenüber seine Beschränkung durch das Verbot der Eigenmacht oder des Zwanges gegen die durch seinen Inhalt verpflichteten Personen[3]), welches aber auf

---

[1]) Die Definition des Celsus: nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi (l. 51 D. de act. obl.) bezeichnet weder die Forderung des Rechtsschutzes als solche noch die privatrechtliche Forderung als solche, sondern die Forderung des Rechtsschutzes als eine behufs Durchsetzung einer privatrechtlichen Forderung bestehende; ebenso bezeichnet aber actio die privatrechtliche Forderung als eine durch die um ihretwillen bestehende Forderung des Rechtsschutzes gesicherte.

[2]) Diese umfaßt die Definition des Celsus nicht.

[3]) Die Verwirkung des geltend gemachten Rechtes und die, falls dieses nicht existirte, an ihre Stelle tretende Verpflichtung der Leistung seines Werthes, welche durch das decretum divi Marci und spätere Verordnungen (L. 13 D. quod met. c. 4, 2. L. 7 C. unde vi 8, 4) statuirt war, gehört vermöge des Wegfalles der Privatstrafen dem heutigen Rechte nicht mehr an, es wäre denn

den Fall der Nothwehr oder des zur Abwehr rechtswidrigen Zwanges erforderlichen Zwanges sich nicht erstreckt und eine Ausnahme erleidet im Falle desjenigen Zwanges, welcher erforderlich war zur Abwendung eines durch nachträgliche Gewährung des Rechtsschutzes nicht mehr zu heilenden Schadens[4]).

Keine Anwendung findet das Verbot der Eigenmacht insoweit als die Person, gegen welche sie geübt wird, dem Berechtigten nicht als Rechtssubject, sondern als ein von ihm beherrschtes Object seines Rechtes gegenübersteht. Ein solches ist neben der Sache als dem Objecte der dinglichen Rechte die Person als das Object der Familienrechte. Mit Unrecht bezeichnet man die Person des Schuldners als das Object des Forderungsrechtes; denn der Schuldner ist dem Gläubiger nicht unterworfen, sondern nur verpflichtet; daß er aber ein mögliches Object staatlichen zum Schutze des fremden Privatrechtes gegen ihn geübten Zwanges ist, begründet keine Besonderheit des Forderungsrechtes.

Die Fähigkeit der Vollziehung eines Rechtsactes ist eine durch ein bestimmtes Privatrecht begründete als Fähigkeit einer es aufhebenden oder beschränkenden Verfügung. Diese Fähigkeit kann aber auch einer Person zustehen, welcher das fragliche Recht selbst nicht zusteht, so daß sie den Inhalt eines eigenen Rechtes bildet, welches aber als ein lediglich die Verfügung über ein fremdes Recht ermöglichendes eines selbständigen neben dem Inhalte anderer Privatrechte bestehenden Inhaltes entbehrt. Ein Object dieses Rechtes ist aber das fremde der Verfügung des Berechtigten preisgegebene Recht nicht in demselben Sinne wie eine Person oder Sache, da die Möglichkeit der Verfügung über ein Recht anderer Art ist als die Befugniß der realen Einwirkung auf ein körperliches Object; ist das fremde Recht, über welches mir kraft meines Rechtes eine Verfügung zusteht, ein Recht an einer Sache, so ist ein solches auch mein eigenes Recht, da die Fähigkeit der Verfügung über ein Recht eine Fähigkeit rechtlicher Verfügung über sein Object ist. Ein Object meines Rechtes kann man ein fremdes Recht auch deshalb nennen, weil es durch das meinige

---

der Verletzte durch die verbotene Eigenmacht geschädigt, welchenfalls es zur Abwendung der Verwirkung seiner Entschädigung bedarf (S. 315 unten).

[4]) L. 4 pr., 45 § 4 D. ad leg. Aq. 9, 2. L. 10 § 16 D. quae in fr. cr. 42, 8.

als ein ihm vorgehendes beschränkt wird, sei es, wie im Falle der über dasselbe mir zustehenden Verfügung, in Ansehung seiner der Aufhebung durch die Ausübung meines Rechtes ausgesetzten Existenz, oder in Ansehung seines durch den Inhalt meines Rechtes beschränkten Inhaltes. Indem den Rechten einer Person ein eigenes Dasein neben dem ihrigen nicht zukommt, so können sie als solche ein Object meines Rechtes nur sein, wenn sein unmittelbares Object ihr Subject ist, wie im Falle eines auf das Vermögen seines Objectes sich erstreckenden Familienrechtes.

In der Möglichkeit eines Rechtsactes geht auch das Recht der Anfechtung einer juristischen Thatsache auf, welches nicht zu einer positiven Verfügung, sondern lediglich dazu befähigt, die rechtliche Bedeutung auszuschließen, welche ohne die Anfechtung einer bestimmten Thatsache zukäme.

**Anmerkung 1.** Das subjective Recht begründet stets eine fremde Verpflichtung von theils positivem theils negativem Inhalte, dagegen als ein verbietendes nicht von vornherein eine positive Befugniß des Berechtigten und als ein erlaubendes zwar die Befugniß zu einem bestimmten eigenen Verhalten, aber nicht von vornherein eine positive Forderung gegen eine andere Person. Indem aber eine solche unter bestimmten Bedingungen auch das erlaubende und das verbietende Recht begründet, so ist die Möglichkeit der Begründung einer Forderung jedem Privatrechte von selbständigem Inhalte eigen. Dagegen ist es eine wesentliche Verschiedenheit verschiedener Privatrechte, daß sie theils nur gegen bestimmte Personen theils gegen beliebige Rechtsgenossen eine Forderung zu begründen vermögen. Im ersten Falle ist das Recht eine obligatio oder ein solches, welches mit der Verpflichtung einer anderen Person sich deckt. Die Verschiedenheit der Obligationen von anderen Privatrechten bezeichnet man vielfach durch die Entgegensetzung der persönlichen und der dinglichen oder der relativen und der absoluten Rechte. Beide Bezeichnungen sind aber Mißverständnissen ausgesetzt. Die Bezeichnung der dinglichen Rechte wird vorzugsweise von den Rechten an Sachen und nicht leicht von den Familienrechten gebraucht, welche doch gleichfalls gegen beliebige Rechtsgenossen eine Forderung begründen können. Als ein persönliches oder eine bestimmte Person verpflichtendes Recht läßt die Obligation sich anderen Rechten nur entgegensetzen im Sinne ihrer Beschränkung auf die Verpflichtung des Obligirten; denn nicht nur begründet jedes Familienrecht besondere Verpflichtungen bestimmter Personen, ohne doch in ihnen aufzugehen, sondern es begründet auch jedes dingliche Recht unter bestimmten Umständen besondere Verpflichtungen bestimmter Personen gegen den Berechtigten; von einer obligatorischen Restitutionspflicht unterscheidet sich die dem Besitzer gegen den

Eigenthümer obliegende und von einer obligatorischen unterscheidet sich die Alimentationspflicht des Vaters gegen sein Kind nicht durch eine besondere „Persönlichkeit“ jener, aber als Ausfluß eines in der Verpflichtung einer bestimmten Person nicht aufgehenden Rechtsverhältnisses. Zu weit geht es aber, jedes Recht, welches nicht ein bloßes Forderungsrecht ist, ein absolutes zu nennen; denn wesentlich ist ihm nur das Negative, auf die Verpflichtung einer bestimmten Person sich nicht zu beschränken; insbesondere kann das Recht an einer Sache sehr wohl ein relatives sein im Sinne eines solchen, welches gegen bestimmte dem Berechtigten vorgehende oder gleichstehende Personen eine Forderung nicht zu begründen vermag.

Da die privatrechtliche Verpflichtung um des Berechtigten willen besteht, so ist dieser nothwendig zur Forderung ihrer Erfüllung befugt, sollte er auch ausnahmsweise diese Forderung nicht gerichtlich durchsetzen können. Von der privatrechtlichen Forderung als solcher ist daher zu unterscheiden die gegen den Staat dem Berechtigten zustehende Forderung des Rechtsschutzes, ohne welche die Existenz jener eine unvollkommene ist. Im Zusammenhange damit, daß die Gerichtsobrigkeit vermöge der ihr zustehenden Gewährung des Rechtsschutzes privatrechtliche Forderungen durch seine Verheißung statuirte, identificirt der römische Sprachgebrauch die privatrechtliche Forderung mit der durch ihre Existenz gegebenen Forderung des Rechtsschutzes. Wie es aber privatrechtliche Forderungen gibt, welche ausnahmsweise die Forderung des Rechtsschutzes nicht begründen, so ist umgekehrt diese nicht ausnahmslos durch die Existenz einer privatrechtlichen Forderung bedingt. Im Gegensatze zum römischen nur für bestimmte Fälle ein praeiudicium statuirenden Rechte statuirt das heutige Recht (C.=P.=O. § 231) eine Feststellungsklage für alle Fälle eines rechtlichen Interesses oder einer das Bedürfniß des Rechtsschutzes begründenden Gefährdung des Inhaltes eines Privatrechtes oder der privatrechtlichen Freiheit. Vor anderen Fällen hat damit der Fall eines vom römischen Rechte statuirten praeiudicium nur noch den Vorzug, daß in ihm das Bedürfniß des Rechtsschutzes als ein vom Rechte ohne Weiteres angenommenes keines Nachweises bedarf. Wie sonst, so ist auch hier die Forderung des Rechtsschutzes zwar nicht selbst eine privatrechtliche, aber eine zur privatrechtlichen Existenz als öffentlich=rechtliche Ergänzung derselben hinzutretende, so daß die durch unsere Civilproceßordnung vollzogene Ausdehnung der Feststellungsklagen nicht eine bloße Aenderung des Gerichtsverfahrens, sondern eine Erweiterung des Privatrechtsschutzes bedeutet. Vgl. Wach, Der Feststellungsanspruch 1889; Hölder, Kr. Vjschr. 32, S. 357 ff. Indem das Privatrecht für den Berechtigten gegen die Rechtsgemeinschaft die Forderung des Rechtsschutzes begründet, so begründet es für andere die Möglichkeit eines gegen sie zu übenden rechtlichen Zwanges. Es ist aber unrichtig deshalb von einer Zwangsbefugniß des Berechtigten zu reden, welche nur insoweit besteht als diesem in eigener Person die Ausübung rechtlichen Zwanges zusteht, wie nach altem römischem Rechte

kraft der legis actio per manus iniectionem und der legis actio per pignoris capionem dem Gläubiger. Dagegen ist der vom Staate dem Privatrechtssubjecte zu gewährende Rechtsschutz ein solcher, welchen dieses zu fordern, aber nicht zu erzwingen befugt ist, und der durch denselben Platz greifende Zwang ein zwar im Interesse des Privatrechtssubjectes aber nicht in seinem Dienste, sondern im Dienste des Staates durch dessen Organe geübter. Der Name der Klage oder des Klagerechtes bezeichnet die Forderung des Rechtsschutzes zutreffend als eine an den Staat sich wendende und nicht durch die eigene Macht des Berechtigten, sondern durch die höhere Macht des Staates zur Erfüllung gelangende. Daß jener Name die durch das Privatrecht begründete Befugniß seiner gerichtlichen Geltendmachung nicht genügend von der processualischen Möglichkeit rechtsgültiger Klage abgrenzt, hat er mit dem Namen der actio gemein. Windscheid (Die actio 1856) will diese vielmehr durch die Bezeichnung des Anspruches wiedergeben; während aber die privatrechtliche Forderung den Namen der actio als eine in ihrer Durchsetzung rechtlich gesicherte führt, so reden wir von einem bloßen Anspruche insbesondere dann, wenn es an einem Mittel seiner Durchsetzung fehlt. Als ein in der actio aufgehendes hat Brinz, Krit. Blätter 3 S. 11 vorgeschlagen das Recht des Gläubigers Klagerecht zu nennen. Das Recht des Gläubigers ging aber in der actio nur auf, weil diese neben dem Klagerechte oder der Forderung des Rechtsschutzes die durch die Klage geltend gemachte privatrechtliche Forderung umfaßte. Mit besserem Rechte läßt sich sagen, daß gleich dieser auch das Klagerecht eine Forderung ist. Indem aber das Klagerecht nie ohne eine es begründende privatrechtliche Beziehung besteht, welche in der Regel eine Forderung ist, so bedienen auch wir, wenngleich wir die Klage von dem durch sie geltend gemachten Privatrechte unterscheiden, uns des kürzeren Namens der Klage zur Bezeichnung der privatrechtlichen Forderung als einer im Wege der Klage verfolgbaren.

**Anmerkung 2.** Als Hauptgegensatz der Rechte bezeichnet Bekker (Pand. §§ 18, 20, 25) die Verschiedenheit der Rechte an Objecten und der Rechte ohne Object. Unter jenen unterscheidet er die Familienrechte als solche, deren Objecte ausschließlich Personen sind, die Obligationen als Rechte an einer Person, die zugleich ihr Vermögen ergreifen, die Rechte an (körperlichen) Sachen und die Rechte an unkörperlichen Sachen. Von diesen vier Kategorien entbehrt aber die letzte eines greifbaren Objectes. Sodann ist irreführend die Bezeichnung des Schuldners als des Objectes der Obligation. Von dieser unterscheidet sich ferner das Familienrecht nicht dadurch, daß es auf das Vermögen seines Objectes sich nicht erstreckt, was z. B. die väterliche Gewalt unbestreitbar thut. Der Begriff des Objectes ist weit genug, um zu gestatten, daß jedem Rechte in irgend einem Sinne ein Object zugeschrieben werde. Wird als Object der Forderung der Schuldner bezeichnet, weil er ein mögliches Object

eines kraft derselben gegen ihn geübten Rechtszwanges ist, so ist in diesem Sinne jeder Rechtsgenosse Object jedes ihn möglicher Weise rechtlichem Zwange aussetzenden Rechtes. Gleich der Person des Schuldners ist sein Vermögen nicht ein Object des eigenen Rechtes des Gläubigers; wie aber die Eigenschaft des Kindes als eines Objectes des väterlichen Rechtes sich auf sein Vermögen erstreckt, so begründet die Eigenschaft des Schuldners als eines Objectes rechtlichen Zwanges die Möglichkeit einer Verfügung über sein Vermögen, welche jedoch nicht dem Gläubiger, sondern den zur Uebung rechtlichen Zwanges competenten Organen der Rechtsgemeinschaft zusteht. Als ein dem Forderungsrechte specifisch eigenes Object läßt sich nur die geschuldete Leistung bezeichnen; doch ist das Forderungsrecht ebensowenig ein Recht an dieser als ein Recht am Schuldner, sondern ein gegen den Schuldner mir zustehendes Recht auf die Leistung. Die Bedeutung der Leistung als des Objectes der Obligation ist durch den Inhalt dieser gegeben, und Rechtsobjecte, deren Beschaffenheit umgekehrt für den Inhalt der an ihnen bestehenden Rechte bestimmend ist, sind nur Personen und Sachen. Als eine lediglich um der Personen willen existirende ist die Sache Object von Vermögensrechten; als eine um ihrer selbst willen und daher nie schlechthin und nur in Gemäßheit ihres durch die Einheit der Gattung gegebenen Zusammenhanges mit anderen Personen um anderer willen existirende ist die Person das Object der Familienrechte. Die väterliche Gewalt ist anderer Art als das Eigenthum; gleich diesem begründet sie aber eine bestimmte Unterwerfung ihres Objectes unter den Willen ihres Subjectes. Ein nicht nur gegen eine bestimmte Person zustehendes, sondern an ihr bestehendes Recht ist dasjenige, dessen Inhalt eine bestimmte Behandlung derselben unabhängig von ihrem Willen erlaubt. Ebenso geht die Bezeichnung eines Rechtes als eines an einer Sache bestehenden aus von der Eigenschaft seines Inhaltes als eines eine bestimmte Behandlung derselben erlaubenden. Wenn wir als Rechte an einer Sache auch solche bezeichnen, deren Inhalt zunächst nur anderen eine bestimmte Behandlung derselben verbietet, so geht er doch in diesem Verbote nicht auf, da er im Falle einer Aenderung des Zustandes, dessen Erhaltung das Verbot bezweckt, die Befugniß seiner Wiederherstellung und, falls diese ohne Eigenmacht gegen einen Rechtsgenossen nicht möglich ist, gegen diesen die Forderung ihrer Ermöglichung begründet.

**Anmerkung 3.** Von Rechten an Rechten spricht man, wenn Befugnisse, die in einem bestimmten Privatrechte enthalten sind, einem Dritten zustehen kraft eines jenem Rechte vorgehenden und dasselbe beschränkenden Rechtes. Dies gilt insbesondere vom Rechte an fremder Sache im Verhältnisse zum Eigenthume, weshalb es der römische Sprachgebrauch als ius in re der res oder dem mit seinem Objecte identificirten Eigenthume entgegensetzt (S. 134 f.). Von Rechten an Rechten spricht man sodann insbesondere in den Fällen der kraft eigenen Rechtes mir zustehenden Verfügung über ein fremdes Recht. Die

Fähigkeit dieser Verfügung ist als eine kraft desjenigen Rechtes, über welches ich verfüge, mir zustehende eine bloße Consequenz jenes Rechtes; sie ist aber als eine ohne dasselbe mir zustehende ein eigenes und zwar gleichfalls ein solches Recht, welches das fremde beschränkt, da sie es der Vernichtung durch meine Verfügung preisgibt. Von anderen fremde Rechte beschränkenden Rechten sind zu unterscheiden die Rechte am Vermögen einer anderen Person, welche kraft eines an dieser selbst mir zustehenden Rechtes mir z. B. als ihrem Ehemanne, Vater oder Vormunde zustehen (vgl. Brühl, Arch. f. civ. Pr. 73, S. 408 ff.). Als Rechte an Rechten bezeichnet Bekker (Pand. I S. 65) insbesondere die sog. negativen Rechte oder Gegenrechte. Soweit aber diese darin aufgehen, fremde Rechte durch ihre Existenz auszuschließen, sind sie keine Rechte, wogegen allerdings gleich der Fähigkeit der Begründung bestimmter Rechtsfolgen die Fähigkeit ihrer Ausschließung durch Anfechtung der sie begründenden Thatsachen ein eigenes Recht ist, welches ein negatives Recht zwar nicht im Sinne eines durch seine Existenz die Existenz eines fremden Rechtes negirenden, aber im Sinne eines die Möglichkeit ihrer Negation durch den Willen des Berechtigten begründenden, und ein Gegenrecht nicht sowohl im Sinne eines einem existirenden Rechte gegenüberstehenden als im Sinne eines durch seine Ausübung die Existenz eines Rechtes ausschließenden ist. Ein Gegenrecht im Sinne eines einem fremden Rechte gegenüberstehenden kann jedes Recht genannt werden, dessen Eigenschaft als eines neben dem fremden Rechte existirenden dieses einer Beschränkung seines Inhaltes oder der Gefahr seiner Aufhebung aussetzt (vgl. § 65).

**Anmerkung 4.** Man streitet darüber, ob das subjective Recht eine Macht oder Herrschaft sei, und man nennt diese auch eine Willensmacht oder Willensherrschaft, welcher Ausdruck nur dann nicht tautologisch ist, wenn darunter eine Macht oder Herrschaft über fremden Willen verstanden wird. In der That ist in demselben Sinne, in welchem dem objectiven Rechte die Bedeutung einer den Willen der Rechtsgenossen beherrschenden Macht zukommt, das subjective Recht eine Macht seines Subjectes über den Willen der durch seinen Inhalt verpflichteten Rechtsgenossen. Etwas anderes ist die mir von Rechtswegen zustehende reale Macht, welche eine rechtliche nicht sein kann im Sinne einer durch das Recht, welches selbst dem Gebiete des realen Daseins nicht angehört, existenten, sondern nur im Sinne einer vom Rechte gewollten. Eine rechtliche Macht in diesem Sinne begründet nicht etwa jedes Privatrecht, wohl aber das Recht an einer Person oder Sache als ein zu einer realen Einwirkung auf sein Object befugendes. Das Object dieser Macht ist nicht der Wille der Person, sondern wie die Sache, so auch die Person als eine dem Gebiete des realen Daseins angehörende; so ist das Kind ein Object realer Beherrschung des Vaters nicht als ein zum Gehorsam gegen ihn verpflichtetes, sondern als ein vom Rechte seiner Einwirkung preisgegebenes. Der rechtlichen

Macht im Sinne der vom Rechte erlaubten Erweisung realer Macht steht gegenüber die rechtliche Macht im Sinne der für ein Rechtssubject bestehenden Möglichkeit eines solchen Rechtsactes, zu dessen Vollziehung es eines bestimmten Rechtes bedarf. Indem es hier nicht um reale Wirkungen, sondern lediglich um die Begründung von Rechtsfolgen sich handelt, so ist diese in ihrer Bedeutung auf das Gebiet des Rechtes sich beschränkende Macht eine solche, deren wirkliche Existenz vom Gemeinwillen abhängt, oder eine rechtliche im Sinne einer durch das Recht verliehenen. Eine Macht ist also in einer bestimmten Bedeutung jedes Recht als ein für den Willen der Verpflichteten maßgebendes, in einer anderen Bedeutung die rechtliche Beherrschung eines körperlichen Objectes, und in einem dritten Sinne die Fähigkeit zu einer rechtlichen Verfügung. Das Recht ist eine Macht im ersten Sinne durch das von ihm begründete Sollen, im zweiten durch ein bestimmtes Dürfen, und im dritten Sinne durch das Können des Berechtigten. Das Dürfen und das Können unterscheidet der Sprachgebrauch nicht, indem er sowohl die durch mein Recht erlaubte reale Einwirkung als die durch dasselbe ermöglichte rechtliche Verfügung als Gegenstand meiner Befugniß oder als eine mir zustehende bezeichnet. Beide sind aber um so mehr auseinanderzuhalten, da mir eine bestimmte Verfügung zwar durch mein Recht ermöglicht, aber zugleich durch meine Pflicht verboten sein kann, so daß sie sowohl eine rechtmäßige oder berechtigte im Sinne einer rechtsgültigen als eine rechtswidrige oder unberechtigte im Sinne einer pflichtwidrigen ist. Ebenso ist eine Verfügung nicht schon deshalb, weil ich sie nicht als eine rechtsgültige vollziehen kann, eine solche, die ich auch thatsächlich nicht vollziehen soll, und mit Unrecht spricht man z. B. von einem Verbote der Schenkung unter Ehegatten, da eine solche zwar kein Rechtsact, aber keineswegs eine verbotene Handlung ist.

Während trotz des sie verwischenden Sprachgebrauches die Verschiedenheit des rechtlichen Könnens vom Dürfen und Sollen unverkennbar ist, so ist

1) die Eigenschaft des rechtlichen Könnens als eines Inhaltes subjectiver Rechte bestritten. Es ist denn auch nicht richtig, mit Windscheid (§ 37) die in einem solchen aufgehenden Rechte als eine zweite Art selbständiger Privatrechte den übrigen zu coordiniren. Geht der Inhalt des Rechtes und demgemäß der Inhalt der subjectiven Rechte darin auf, zu erlauben, zu gebieten und zu verbieten, so entbehren solche Rechte, welche ihrem Subjecte nur die Begründung und Aufhebung von Erlaubnissen, Geboten und Verboten ermöglichen, des selbständigen Inhaltes. Indem aber die Möglichkeit der Verfügung über ein bestimmtes Recht zwar kein unmittelbares Stück seines Inhaltes ist, aber in seiner Existenz ihren Grund hat, so ist sie im Gegensatze zur Möglichkeit solcher Rechtsacte, deren ich abgesehen von meiner Eigenschaft als Subject eines bestimmten Rechtes fähig bin, eine Folge jenes Rechtes und als eine ohne dasselbe mir zustehende ein eigenes neben jenem Rechte bestehendes und in der Möglichkeit der Verfügung über seinen Inhalt aufgehendes Recht.

2) Bezüglich der Rechte von selbständigem Inhalte wird vielfach behauptet, daß dieser stets in den durch sie begründeten Verpflichtungen aufgehe (Thon, Rechtsnorm u. subj. R. 1878; Bierling, Zur Krit. der jur. Grundbegr. II S. 49 ff.; Windscheid §§ 37, 38). Wenn aber das erlaubende Recht in den durch seinen Inhalt begründeten negativen Verpflichtungen aufginge, so könnte es positive Verpflichtungen und Forderungen nur für und gegen die ihrer negativen Verpflichtung Zuwiderhandelnden begründen, während es eine Forderung gegen jeden begründet, dessen Person der Verwirklichung seines Inhaltes im Wege steht. Am deutlichsten zeigt sich der positive Inhalt des erlaubenden Rechtes, wenn eine Person sein Object ist; wäre das Recht des Vaters an seinem Kinde lediglich ein verpflichtendes, so wäre er zu keiner positiven Behandlung desselben befugt. Von der eine fremde Verpflichtung begründenden ist zu unterscheiden die durch eine fremde Verpflichtung begründete Befugniß; auch sie ist ein Dürfen des Berechtigten, welches aber als ein auf das Verlangen der Pflichterfüllung sich beschränkendes nicht zu realer Machterweisung befugt. Wenn man daher gerade diese Befugniß als eine Zwangsbefugniß des Berechtigten bezeichnet hat, so ist in Wirklichkeit der Inhalt des Privatrechtes nur insoweit, als er ein erlaubender ist, der Verwirklichung durch die eigene Handlung des Berechtigten zugänglich, während die privatrechtliche Forderung für ihre Verwirklichung schlechthin auf den Willen des Verpflichteten beziehungsweise der Rechtsgemeinschaft angewiesen ist.

## II. Die Klagen.

### 1. Die Arten der Klagen.

### § 62.

Das römische Recht unterschied eine große Zahl von Arten der actiones. Von diesen Verschiedenheiten sind für das heutige Recht ohne Bedeutung diejenigen, welche auf der Form beruhen, in der sie durch das Recht statuirt waren oder zur gerichtlichen Durchsetzung gelangten. Daher ist insbesondere für uns weggefallen der Gegensatz der civilis und der durch die Gerichtsobrigkeit statuirten honoraria actio, sowie der directa und der an eine solche als eine analoge Ausdehnung derselben sich anschließenden utilis actio; sodann die Besonderheit der interdicta und der im Wege der obrigkeitlichen Cognition zur Erledigung gelangenden Klagen; endlich die auf der verschiedenen Fassung der formulae beruhenden Verschiedenheiten, welche jedoch zu unterscheiden sind von den durch jene ausgedrückten sachlichen Unterschieden. Auch diese sind aber im heutigen Rechte großentheils weggefallen. So sind dem-

selben die populares actiones fremd, welche dem Einzelnen zwar gleich den privatae als eigene, aber nicht kraft eines im Gegensatze zu anderen Rechtsgenossen ihm zustehenden Sonderrechtes, sondern in seiner allgemeinen Eigenschaft als Rechtsgenosse zustanden[1]). Ebenso sind dem heutigen Rechte die poenales actiones fremd[2]). Endlich gehören ihm diejenigen Verschiedenheiten nicht mehr an, welche auf einer grundsätzlichen Verschiedenheit des dem Richter zustehenden Ermessens beruhten. Dieses war ein freieres als sonst in den Fällen der arbitrariae und der bona fidei actiones. Zwar ist noch heute nach Verschiedenheit der Fälle die Freiheit des richterlichen Ermessens eine verschiedene, wofür aber lediglich die besondere Beschaffenheit des fraglichen Rechtsverhältnisses und der für dieses maßgebenden Normen und nie mehr eine grundsätzliche Entgegensetzung strenger und freier Klagen entscheidet[3]).

Die oberste Verschiedenheit der formulae war diejenige der praeiudiciales und der übrigen, indem jenen die jeder anderen formula wesentliche condemnatio fehlte[4]). Dem römischen Begriffe der praeiudicia oder praeiudiciales actiones entspricht im heutigen Rechte der Begriff der Feststellungsklagen mit dem Unterschiede, daß im Gegensatze zur geschlossenen Zahl der nur in bestimmten Fällen Platz greifenden praeiudicia heutzutage jedes Privatrechtsverhältniß von positivem oder negativem Inhalte für den Fall einer das Bedürfniß seiner richterlichen Anerkennung begründenden

---

[1]) Von den eigentlichen Popularklagen sind diejenigen popularia interdicta zu unterscheiden, welche die Beseitigung einer dem individuellen Kläger widerfahrenen Hinderung oder Schädigung fordern. Vgl. Bruns, Zsch. f. Rechtsgesch. 3, S. 410. Hölder in Holtzendorff's Rechtslexicon, 3. Aufl., Art. Popularklagen III S. 90 ff.

[2]) Vgl. Hölder in Holtzendorff's Rechtslexicon, 3. Aufl., Art. Pönalklagen III S. 88 ff.

[3]) A. M. Windscheid § 46 wegen der noch heute bestehenden „verschiedenen Dehnbarkeit der Ansprüche". Er verwirft aber selbst für das heutige Recht alle Consequenzen des römischen Gegensatzes, „welche mit der Natur der rechtserzeugenden Thatsachen nicht in Verbindung stehen", gibt also zu, daß durch diese und nie mehr durch die Angehörigkeit einer Klage zur Gattung der „strengen" oder „freien" das Maß ihrer Dehnbarkeit sich bestimmt. Mit Unrecht verneint er, „daß es sich hier um den Gegensatz von strengem und billigem Rechte handle", da vielmehr die Normen, welche die eine und die andere Gattung von Klagen statuiren, „nur mehr oder weniger offen" seien; denn gerade darin, daß sie „weniger offen" ist, besteht die größere Strenge einer Norm (§ 14).

[4]) Gai. 4, 44.

Gefährdung eine Feststellungsklage begründet[5]). Den Feststellungsklagen stehen die Leistungsklagen nicht in dem Sinne gegenüber, daß sie etwas anderes fordern würden als die richterliche Anerkennung eines vom Kläger behaupteten Rechtsverhältnisses, aber in dem Sinne, daß das Object der geforderten Anerkennung eine privatrechtliche Forderung als eine vom Beklagten zu befriedigende ist, so daß im Gegensatze zu der dem Interesse der Sicherung dienenden Feststellungsklage die Leistungsklage dem Interesse der Befriedigung einer privatrechtlichen Forderung dient.

Die Leistungsklagen sind theils dingliche theils persönliche Klagen[6]). Die persönliche Klage macht lediglich eine privatrechtliche Forderung oder das vom Kläger behauptete Rechtsverhältniß lediglich als ein solches geltend, welches den Beklagten zu einer Leistung verpflichtet; ihr einziges Object ist daher die Verurtheilung des Beklagten zur geschuldeten Leistung. Die dingliche Klage macht ein mit einer Verpflichtung des Beklagten sich nicht deckendes Rechtsverhältniß sowohl als solches als auch in der besonderen Eigenschaft geltend, in Verbindung mit einem in der Person des Beklagten zutreffenden thatsächlichen Verhältnisse denselben zu einer Leistung zu verpflichten; ihr Object ist daher das doppelte der richterlichen Anerkennung des vom Kläger behaupteten, in einer privatrechtlichen Forderung nicht aufgehenden Rechtsverhältnisses und der richterlichen Anerkennung der kraft desselben gegen den Beklagten begründeten Forderung oder seiner Verurtheilung zu ihrer Befriedigung. Eine persönliche ist nicht nur jede ein Forderungsrecht geltend machende, sondern auch diejenige in einem Familienrechtsverhältnisse wurzelnde Klage, welche lediglich eine durch dasselbe begrüudete Forderung oder die Verpflichtung des Be-

[5]) Die Feststellungsklagen werden auch Anerkennungsklagen genannt, doch wird dieser Ausdruck besser vermieden, da er leicht in dem Sinne verstanden wird als forderten sie nicht, was in Wirklichkeit der Fall ist, die richterliche Anerkennung der behaupteten Rechtsbeziehung, sondern vielmehr ihre Anerkennung durch den Beklagten. Feststellungsklagen sind auch, falls sie nicht mit der Geltendmachung einer durch die vollzogene Anfechtung bedingten privatrechtlichen Forderung verbunden sind, die Anfechtungsklagen; ihre Erhebung hat die doppelte Bedeutung, die richterliche Anerkennung der angefochtenen Thatsache als einer der rechtlichen Bedeutung entbehrenden zu fordern und zugleich die Bedingung zu erfüllen, unter welcher jene Thatsache der Bedeutung entbehrt.

[6]) in rem — in personam actiones. Gai. 4, 1 u. 5. § 1 J. de act. 4, 6.

klagten zu einer kraft desselben ihm obliegenden Leistung geltend macht. Eine dingliche ist nicht nur jede Klage, welche ein Recht an einer Sache oder ein Familienrechtsverhältniß zum Zwecke der Realisirung seines Inhaltes gegen eine dieser im Wege stehenden Person geltend macht, sondern auch die Erbschaftsklage; denn sie macht die Erbfolge sowohl als solche als in der besonderen Eigenschaft, in Verbindung mit dem Besitze des Beklagten diesen zu einer Leistung zu verpflichten, macht also eine eigene, in einer privatrechtlichen Forderung nicht aufgehende Rechtsbeziehung in Verbindung mit einer durch diese begründeten Forderung gegen den Beklagten geltend [7]).

Von den dinglichen Klagen sind diejenigen zu unterscheiden, welche eine sogenannte Zustandsobligation geltend machen. Diese haben mit jenen gemein, daß die geltend gemachte Verpflichtung nicht ohne ein in der Person des Beklagten zutreffendes thatsächliches oder rechtliches Verhältniß besteht, durch dessen Wegfall sie erlischt. Sie unterscheiden sich aber von den dinglichen Klagen dadurch, daß sie lediglich jene Verpflichtung, also lediglich eine privatrechtliche Forderung geltend machen [8]).

Während in der Regel der dem Privatrechtssubjecte von der Rechtsgemeinschaft geschuldete Rechtsschutz aufgeht in der Anerkennung seines Rechtes als eines bestehenden und der in Gemäßheit dieser erfolgenden zwangsweisen Realisirung seines Inhaltes, so gibt es auch Fälle, in welchen die Rechtsgemeinschaft dem Subjecte eines Privatrechtsverhältnisses seine Aufhebung durch richterliche Entscheidung schuldet. Indem diese Aufhebung eine solche ist, welche der Einzelne zwar nicht selbst zu vollziehen, aber vom Richter zu

---

7) Die hereditatis petitio wird als eine actio de universitate proposita (L. 1 pr. D. de r. v. 6, 1) oder als dingliche Universalklage den dinglichen Singularklagen entgegengesetzt.

8) In l. 9 § 8 D. quod met. c. 4, 2 ist die actio quod metus causa als eine actio in rem scripta bezeichnet, was zunächst lediglich auf den für uns bedeutungslosen Umstand hinweist, daß ihre intentio gleich derjenigen der dinglichen Klagen die Person des Beklagten nicht nannte. Diejenige sachliche Besonderheit derselben, welche sie von anderen persönlichen Klagen unterscheidet, greift ebenso z. B. bei den Noxalklagen und insbesondere bei den condictiones sine causa Platz. Diese Klagen gleichen den dinglichen durch die Beschaffenheit des die Leistungspflicht des Beklagten begründenden Umstandes, unterscheiden sich aber von ihnen als solche, welche gleich anderen persönlichen Klagen lediglich eine Leistungspflicht des Beklagten geltend machen.

fordern befugt ist, so ist das fragliche Rechtsverhältniß ein solches, welches bezüglich des fraglichen Rechtsactes sich ebenso verhält wie jedes Privatrecht bezüglich der zwangsweisen Realisirung seines Inhaltes. Wie der Berechtigte diese nicht selbst zu vollziehen, aber von den Organen des Gemeinwesens zu fordern befugt ist, so gesteht hier das Recht dem Einzelnen anstatt der Fähigkeit eigener Verfügung die Befugniß zu, eine richterliche Verfügung zu fordern. Auch hier handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Ergänzung des Privatrechtes, indem auch hier die Organe der Rechtsgemeinschaft dem Berechtigten die Bewirkung eines Erfolges schulden, welchen selbst zu bewirken ihm nicht zusteht. Nach heutigem Rechte gehört hierher insbesondere die Ehescheidung. Nach römischem Rechte gehören hierher die Theilungsklagen [9]). Von anderen Klagen unterscheiden sie sich durch ihr Object, welches nicht die richterliche Anerkennung eines bestehenden Rechtsverhältnisses, sondern seine Ersetzung durch andere es ablösende Rechtsverhältnisse bildet. Indem diese nur dadurch erfolgen kann, daß sowohl dem einen als dem anderen Theile anstatt seines Antheiles am gemeinsamen Rechte ein Sonderrecht zuerkannt wird, so ist die der Klage stattgebende Entscheidung eine für jeden Theil ein Recht begründende, und die Klage kann nicht nur durch den einen Betheiligten gegen den anderen, sondern auch durch die Betheiligten gemeinsam erhoben werden.

**Anmerkung.** Die Verschiedenheit der Feststellungsklagen auf der einen und der Theilungsklagen auf der anderen Seite von den Leistungsklagen kam in den römischen formulae dadurch zum Ausdrucke, daß der Formelbestandtheil der condemnatio ein nur den praeiudicia fehlender und der Formelbestandtheil der adiudicatio ein ausschließlich den iudicia divisoria eigener war. Den Feststellungsklagen setzt man vielfach die Verurtheilungsklagen entgegen; aber „Verurtheilung ist nichts anderes als Feststellung" (Wach, Feststellungsanspruch S. 34) und der wirkliche Unterschied ist derjenige der durch eine Gefährdung bedingten Feststellung eines beliebigen Privatrechtsverhältnisses zum Zwecke der Sicherung und der behufs ihrer vom Beklagten geschuldeten Befriedigung erfolgenden Feststellung einer privatrechtlichen Forderung. Wenn Hanausek (Verh. d. 20. d. Jur.-Tages I S. 316 Anm. 28) die Bezeichnung der Leistungsklage vermieden wissen will, weil nicht „jede derartige Klage Auflage einer Leistung bezweckt", so fällt dieser Einwand weg, sobald wir

---

[9]) § 20 J. de act. 4, 6.

von den Leistungsklagen diejenigen Klagen unterscheiden, deren Object eine durch den Richter zu vollziehende Aenderung der bestehenden Rechtsverhältnisse ist. Dies gilt, wie in den von Wach (Civilproc. I, S. 12) hervorgehobenen Fällen der richterlichen Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, so insbesondere im Falle der richterlichen Aufhebung einer Rechtsgemeinschaft durch Theilungsurtheil. Dagegen gehören nicht hierher die von Wach im gleichen Zusammenhange erwähnten Fälle der Supplirung eines Consenses und des die Verpflichtung zu einer Willenserklärung aussprechenden Urtheiles. Im ersten Falle liegt eine Feststellungsklage vor, weil Object der Klage die richterliche Anerkennung des verweigerten Consenses als eines solchen ist, dessen Versagung ohne rechtliche Bedeutung ist; daß dies gleich der Rechtsgültigkeit einer durch Klage erfolgenden Anfechtung der richterlichen Constatirung bedarf, ändert nichts daran, daß diese den fraglichen Consens als einen nach der Lage des Falles von Rechtswegen überflüssigen feststellt. Wenn dagegen nach heutigem Rechte die Verurtheilung zu einer Willenserklärung die Vollziehung dieser zu ersetzen vermag, so ist doch die Befriedigung der gegen den Beklagten dem Kläger zustehenden Forderung ihrer Vollziehung der Zweck der Klage, also diese eine Leistungsklage. Dagegen ist Object der Theilungsklagen nicht etwa (wie Eck, Die sog. doppelseitigen Klagen S. 140 meint) die richterliche Anerkennung des Rechtsactes der Theilung als eines dem Kläger vom Beklagten geschuldeten, so daß seine Vollziehung durch den Richter die Bedeutung hätte seine durch den Beklagten geschuldete Vollziehung zu ersetzen, wie nicht nur die Möglichkeit der von den Betheiligten gemeinsam erhobenen Klage, sondern auch der Umstand zeigt, daß die Willenserklärung des Theilungsrichters über das gemeinsame Eigenthum verfügt, über welches die Parteien nicht durch bloße Willenserklärung zu verfügen vermögen. Eine Consequenz der Besonderheit ihres Objectes ist die Duplicität der Theilungsklagen. Diese äußert sich einmal in der Möglichkeit gemeinsamer Klage, deren Erhebung nicht die Bedeutung einer Verbindung von Klage und Widerklage hat, sondern jede sachliche Entgegensetzung des Klägers und des Beklagten ausschließt. Auch dann aber, wenn dieser Gegensatz besteht, weil es die eine Partei ist, welche gegenüber der anderen die Forderung der Theilung erhebt, ist die Vollziehung der Theilung nur möglich als eine gleichmäßig für jeden am Processe Betheiligten sowohl seinen bisherigen Antheil am gemeinsamen Rechte aufhebende als auch ein neues Recht begründende, so daß es nicht wie bei anderen Klagen nur eine Partei ist, welcher das Urtheil ein Recht zu- oder aberkennt. Das römische Recht kannte als duplicia neben den iudicia divisoria bestimmte interdicta, deren Duplicität aber auf einem anderen für uns weggefallenen Grunde beruhte. Unser Recht kennt keine eigene Gattung der doppelseitigen Klagen, und die Frage, ob und in welchem Sinne eine Klage eine doppelseitige ist, bestimmt sich durch ihre sonstige Beschaffenheit.

Eine Unterscheidung verschiedener Arten von Leistungsklagen ist die Entgegensetzung der dinglichen und der persönlichen Klagen, und mit Recht

erklärt Göppert (Krit. Vjschr. 14, S. 558) die Bezeichnung dieser Eintheilung als einer alle Klagen umfassenden für eine schon im römischen Rechte nicht zutreffende, aber sowohl den Feststellungsklagen als den Ehescheidungsklagen des heutigen Rechtes gegenüber besonders unhaltbare. Sollte auf die praeiudicia die Unterscheidung der in rem und in personam actiones angewendet werden, so ergab sich für sie die erste Bezeichnung (§ 13 J.h.t.) aus ihrer größeren Verwandtschaft mit den dinglichen Klagen, mit welchen sie gemein haben, daß sie nicht wie die persönlichen Klagen in der Geltendmachung einer privatrechtlichen Forderung als einer zu befriedigenden aufgehen, während sie von allen Leistungsklagen sich dadurch unterscheiden, daß sie überhaupt nicht eine privatrechtliche Forderung als eine zu befriedigende geltend machen. Wenn sodann die Theilungsklagen zu den in personam actiones gezählt wurden, so war für sie die Eigenschaft einer in rem actio dadurch ausgeschlossen, daß sie nicht etwa das zu theilende Recht als solches geltend machen, dessen Geltendmachung vielmehr im Falle der Bestreitung durch eine von der Theilungsklage verschiedene Klage erfolgen muß. Indem nun dieselbe Klage, welche die Forderung der Theilung erhebt, auch die vermöge der Gemeinschaft den Genossen gegeneinander zustehenden privatrechtlichen Forderungen geltend macht, so lag es nahe, die in Ansehung dieser Function ihr unstreitig zukommende Eigenschaft einer persönlichen Klage ihr überhaupt beizulegen und nicht in die Wagschale zu werfen, daß einerseits die jedem Genossen obliegende Verpflichtung, sich die richterliche Theilung gefallen zu lassen, nicht die Bedeutung einer dem anderen geschuldeten Leistung hat, und daß auf der anderen Seite die durch das Theilungsurtheil zuerkannte Forderung als eine durch dieses erst begründete von einer durch richterliches Urtheil als bestehend anerkannten privatrechtlichen Forderung sich unterscheidet, was für das römische Bewußtsein um so mehr zurücktrat, da die eine wie die andere Zuerkennung einer Forderung im Wege der formell stets eine neue actio begründenden condemnatio erfolgte. In Ansehung der Zuerkennung dinglicher Rechte unterschied sich die ein solches begründende adiudicatio auch formell von der auf Grund einer dinglichen Klage ein solches als bestehend anerkennenden pronuntiatio; immerhin sind aber in Ansehung der durch sie geforderten Zuerkennung dinglicher Rechte die Theilungsklagen den die Anerkennung eines dinglichen Rechtes fordernden Klagen näher verwandt als den lediglich eine privatrechtliche Forderung geltend machenden, und darauf beruht es, daß sie nach § 20 J.h.t. mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam, was damit begründet wird, daß hier dem iudex die doppelte Aufgabe des adiudicare und des condemnare obliegt. Mit der Eigenschaft einer die richterliche Vollziehung eines Rechtsactes fordernden Klage verbindet übrigens die Theilungsklage die Eigenschaft einer Leistungsklage insoferne als die Zuerkennung privatrechtlicher Forderungen durch das Theilungsurtheil gleich der Anerkennung solcher durch ein anderes Urtheil dem Zwecke dient, ihre Befriedigung herbeizuführen.

Bezüglich des Gegensatzes der in rem und in personam actiones ist bestritten¹, ob nicht der erste Ausdruck die Klage als eine gegen eine Sache gehende bezeichne. Andere Klagen als solche, welche gegen eine Person zustehen, kann es aber nicht geben, und die Bedeutung jener Entgegensetzung ist hier dieselbe wie in der Anwendung auf andere Verhältnisse (z. B. exceptiones l. 4 § 33 D. de doli exc. 44, 4 und pacta l. 7 § 8 D. de pact. 2, 14). Die Bedeutung des Ausdruckes in rem ist eine negative. Eine formula war in rem concepta oder scripta, wenn ihre intentio die Person des Beklagten nicht nannte. Sachlich ist in personam actio die in der Geltendmachung einer privatrechtlichen Forderung aufgehende, in rem actio die darin nicht aufgehende Klage. Ginge z. B. die rei vindicatio in der Geltendmachung der dem Eigenthümer einer Sache gegen ihren Inhaber zustehenden privatrechtlichen Forderung auf, so wäre das Eigenthum des Klägers ebensowenig Object der Entscheidung als die Geltendmachung einer aus einem Familienrechtsverhältnisse folgenden Forderung jenes zum Objecte der Entscheidung erhebt. Das Object der dinglichen Klage ist daher ein doppeltes, indem sie eine privatrechtliche Forderung nicht für sich, sondern in Verbindung mit einem anderen sie begründenden Privatrechtsverhältnisse geltend macht. Kann eine Klage ein Privatrechtsverhältniß sowohl in Verbindung mit einer durch dasselbe begründeten Forderung als auch für sich geltend machen, so ist sie im ersten Falle eine dingliche, im zweiten eine Feststellungsklage; so ist demjenigen gegenüber, welcher nicht der Ausübung einer Servitut im Wege steht, aber ihre Existenz bestreitet, die confessoria in rem actio eine Feststellungsklage. Die dingliche Klage ist aber durch die Duplicität ihres Objectes nicht etwa eine Verbindung einer Feststellungsklage mit einer Leistungsklage; ihr primäres Object ist stets ein anderes Rechtsverhältniß als eine Obligation, während Object einer Feststellungsklage auch eine solche sein kann, und die dingliche Klage fordert nicht gleich der Feststellungsklage die Existenz eines Interesses an der Feststellung jenes Rechtsverhältnisses. Die Inhabung meiner Sache durch einen anderen befugt mich als solche nicht zur Forderung der richterlichen Feststellung meines Eigenthums; sie befugt mich aber nicht nur zur Geltendmachung der Restitutionspflicht des Inhabers, sondern auch zur Geltendmachung meines Eigenthums als einer mit der Geltendmachung jener Verpflichtung verbundenen. Ebenso kann ich aber umgekehrt die Restitutionspflicht des Inhabers, wenn mir nicht zu ihrer Geltendmachung eine persönliche Klage zusteht, nicht geltend machen, ohne zugleich die Frage meines Eigenthums zum Objecte der Entscheidung zu erheben. Die Existenz einer dinglichen Klage bedeutet also die Existenz einer solchen privatrechtlichen Forderung, deren gerichtliche Geltendmachung nicht erfolgen kann ohne die Geltendmachung des sie begründenden Rechtsverhältnisses.

In Gemäßheit des Ausgeführten ist die Unterscheidung der persönlichen und der dinglichen Klagen eine Unterscheidung zweier Arten von Forderungen des Rechtsschutzes, aber nicht zweier Arten privatrechtlicher Forderungen. Daß die kraft eines dinglichen Rechtes bestehende For-

derung gegen denjenigen, dessen Person der Realisirung seines Inhaltes im Wege steht, durch den Wegfall des sie begründenden Zustandes erlischt, kommt auch bei Obligationen vor, und indem Brinz (Arch. f. civ. Pr. 70, S. 405 ff.) jenen Umstand als einen für den Gegensatz der dinglichen und persönlichen Klagen entscheidenden erklärt, so ist ihm consequent die actio quod metus causa in ihrer Richtung gegen eine andere Person als den Urheber des Zwanges eine dingliche Klage (S. 406), was ebenso von jeder Bereicherungsklage sowie von Noxalklagen und der actio ad exhibendum gelten müßte. Indem die privatrechtliche Forderung nichts anderes ist als die Befugniß, von einem bestimmten Verpflichteten die Vollziehung einer durch ihn geschuldeten Leistung zu fordern, so lassen sich nicht persönliche und dingliche Forderungen unterscheiden. Von einem dinglichen oder einem nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen die Rechtsgenossen als solche (sei es nun ausnahmslos oder mit Ausnahme bestimmter Personen) mir zustehenden Anspruche läßt sich nur reden, wenn sein Inhalt ein negativer ist; den negativen Anspruch gegen die Rechtsgenossen, den thatsächlichen Bestand seines Inhaltes nicht zu hindern oder zu gefährden, begründet aber jedes Privatrechtsverhältniß mit Einschluß sowohl des Forderungsrechtes als der privatrechtlichen Freiheit, wie die Feststellungsklagen zeigen. Wird nach Windscheid § 43 das dingliche Recht „durch eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen gebildet," so bedeutet in Wirklichkeit der Anspruch darauf, daß der thatsächliche Bestand seines Inhaltes nicht beeinträchtigt oder gefährdet werde, nichts anderes als die durch seine Existenz gegebene Bedeutung seines Inhaltes für die übrigen Rechtsgenossen, und es ist ein Widerspruch, diese Bedeutung einestheils als eine dingliche oder für die Rechtsgenossen als solche bestehende zu bezeichnen und doch sie nicht als eine einheitliche gelten zu lassen, so daß das Recht nichts anderes wäre als eine Summe durch den Wechsel der Rechtsgenossen jeden Augenblick wechselnder Ansprüche. Bezeichnet sodann Windscheid den dinglichen Anspruch als einen solchen, welcher zwar zunächst negativen Inhaltes ist, aber durch seine Verletzung positiven Inhalt gewinnen kann, so ist der durch die „Verletzung" jenes negativen Anspruches entstandene Anspruch mit ihm in keiner Weise identisch. Jener negative Anspruch besteht gegenüber jedem Rechtsgenossen, ist aber keine Forderung und begründet für sich keine Klage; der andere Anspruch dagegen ist eine Forderung und begründet eine Klage, besteht aber nur gegenüber einer bestimmten in bestimmter Weise der Realisirung des Inhaltes des fraglichen Rechtsverhältnisses im Wege stehenden Person, ist also nicht ein dinglicher, sondern ein persönlicher, und zugleich ein solcher, der keineswegs durch eine Verletzung bedingt ist. Wer eine Sache findet und, anstatt sie liegen zu lassen, sie an sich nimmt, damit sie dem ihm unbekannten Eigenthümer nicht verloren gehe, ist vom Momente seiner nicht das fremde Recht verletzenden, sondern das fremde Interesse wahrenden Besitzergreifung an der Vindication des Eigenthümers ausgesetzt. Wenn Windscheid § 45 meint, daß nur die Feststellungsklagen eine Entscheidung

fordern, „ohne daß sich eine Partei über erlittenes Unrecht beklagte", so sind im Gegentheile gerade nur die Feststellungsklagen zwar nicht durch ein subjectives Unrecht des Beklagten, aber durch ein den geltend gemachten Rechtsinhalt gefährdendes Verhalten des Beklagten bedingt; gegen den redlichen Finder steht ohne Weiteres die Vindication, aber nicht eine auf die Forderung der Feststellung des klägerischen Eigenthums sich beschränkende Klage zu.

## 2. Die Verjährung der Klagen.

### § 63.

C. de praescriptione 30 vel 40 annorum 7, 39.

Die Klagen erlöschen nicht nur durch den Wegfall des Rechtsverhältnisses, welches sie geltend machen, sowie als Feststellungsklagen des thatsächlichen Verhältnisses, auf welchem das Bedürfniß der Feststellung jenes Rechtsverhältnisses beruht, sondern auch durch **Verjährung**. Als Gründe ihres Erlöschens pflegt man außerdem die Concurrenz und den Tod der einen oder anderen Partei anzuführen. Während aber jene eine Coexistenz verschiedener durch die Befriedigung des Bedürfnisses, welchem sie gemeinsam dienen, gemeinsam erlöschender Forderungen ist (§ 64), so ist eine durch den Tod des Berechtigten erlöschende oder activ unvererbliche Klage nichts anderes als ein unvererbliches Forderungsrecht und eine durch den Tod des Verpflichteten erlöschende oder passiv unvererbliche Klage nichts anderes als eine unvererbliche Schuld, und von welchen Forderungsrechten oder Schulden dies gelte, ist eine Frage des Obligationenrechtes. Dagegen ist die Verjährung ein Grund des Unterganges der Klagen als solcher, da sie das fragliche Privatrechtsverhältniß zwar der Eigenschaft, die Möglichkeit der Klage gegen diese bestimmte Person zu begründen, aber nicht nothwendig der außerdem ihm zukommenden Bedeutung entkleidet. Die Möglichkeit ihrer Verjährung oder ihres Erlöschens durch Ablauf einer bestimmten Zeit war ursprünglich eine Besonderheit bestimmter Klagen, welche daher als temporales den perpetuae actiones entgegengesetzt wurden. Erst Theodosius II. hat eine bestimmte, höchst geräumige Frist statuirt, durch deren Ablauf alle Klagen untergehen, welche nicht schon in Gemäßheit des früheren Rechtes durch den Ablauf einer kürzeren Frist erlöschen[1]).

---

[1]) L. un. C. Th. de actionibus certo tempore finiendis 4, 14 (l. 3 C. h. t.).

Der Verjährung unterliegen sowohl die Feststellungsklagen als die Leistungsklagen, aber nicht die Theilungsklagen. Einer dinglichen Klage gegenüber kommt dem Beklagten die zu Gunsten seines auctor abgelaufene Verjährungszeit zu gute, so daß hier die Verjährung nicht nur bestehende Klagen aufzuheben, sondern auch solche Klagen, welche noch nicht entstanden sind, auszuschließen vermag [2]).

Bedingt ist die Verjährung positiv durch den Ablauf der Verjährungszeit seit der Entstehung der Klage und negativ durch die Abwesenheit eines sie ausschließenden Umstandes.

Die Entstehung der Klage, mit welcher die Verjährung beginnt [3]), ist bedingt durch die Existenz des vom Kläger geltend gemachten Rechtsverhältnisses, sowie im Falle der Feststellungsklage der das Bedürfniß des Rechtsschutzes begründenden Gefährdung, im Falle der Leistungsklage der Verpflichtung sofortiger Leistung. Mit Unrecht statuirt man die Verjährung einer noch nicht entstandenen Klage für den Fall ihrer nur vom Willen des Berechtigten abhängenden Entstehung; hängt diese von einer Handlung des Berechtigten ab, so beginnt die Verjährung nicht vor ihrer Vollziehung; soll dagegen die Existenz einer Forderung nur noch davon abhängen, daß die geschuldete Leistung verlangt wird, so existirt sie in Wirklichkeit bereits als eine zur Erhebung der Klage befugende. Soll die Leistung erst innerhalb bestimmter Frist nach dem erhobenen Verlangen ihrer Vollziehung erfolgen, so liegt eine Forderung vor, welche kein anderes Verlangen als dasjenige der Leistung binnen bestimmter Frist begründet. Wie nun im Falle

---

[2]) Indem der Besitzer einer Sache der dinglichen Klage unabhängig von seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger des Vorbesitzers ausgesetzt ist, so ist die gegen ihn zustehende Klage als eine durch seinen Besitz gegebene eine andere als diejenige, welche gegen den Vorbesitzer zugestanden hatte; daß ihm trotzdem die zu dessen Gunsten abgelaufene Verjährungszeit zu gute kommt, würde aus der von Windscheid § 110 Anm. 5 herangezogenen Analogie der Ersitzung wegen der verschiedenen Natur dieser sich nicht ergeben; eine zutreffendere ist die Analogie der exceptio rei iudicatae, und ein positives Zeugniß enthält l. 7 § 2 in fin. C. h. t. sowie l. 14 pr. C. de fund. patr. 11, 62.

[3]) L. 3 § 1 C. h. t.: ex quo iure competere coeperunt. L. 1 C. de ann. exc. 7, 40.: ex quo ab initio competit et semel nata est. Das Merkmal der actio nata, welches man vielfach als eine besondere Bedingung der Verjährung aufstellt, ist hier ausdrücklich mit dem einfachen Beginne der Existenz der Klage identificirt.

einer zum Verlangen sofortiger Leistung und damit zur Klage befugenden Forderung die Klage innerhalb der Verjährungszeit erfolgen muß, so muß im Falle einer zu keinem anderen Verlangen als demjenigen der Leistung binnen bestimmter Frist befugenden Forderung dieses Verlangen innerhalb der Verjährungszeit und die durch seine Erhebung ermöglichte Klage innerhalb der um jene Frist verlängerten Verjährungszeit erfolgen. In diesem besonderen Falle kann also die Klage durch Verjährung ausgeschlossen werden, ohne dem Berechtigten zugestanden zu haben, weil hier anstatt einer durch ihre Existenz die Klage begründenden eine solche Forderung vorliegt, welche dem Berechtigten nur ermöglicht, durch ihre Erhebung die Entstehung der Klage herbeizuführen. Eine nicht nur noch keine Klage begründende, sondern überhaupt noch nicht existirende Forderung kann durch Verjährung ausgeschlossen sein, wenn ihre Existenz durch die Existenz einer anderen bedingt und diese verjährt ist. Deshalb befreit die Verjährung der Hauptschuld den Bürgen, wenngleich wegen der Subsidiarität seiner Haftung eine Forderung gegen ihn noch nicht bestand.

Ausgeschlossen wird die Verjährung theils durch bestimmte Ereignisse in der Weise, daß der bisherige Zeitablauf seine Bedeutung verliert, theils durch bestimmte Zustände in der Weise, daß nach ihrem Wegfalle die Verjährung weiter läuft. Dem Falle eines bloßen Stillstandes der Verjährung setzt man denjenigen ihrer Unterbrechung (interruptio[4]) entgegen, welcher Ausdruck also im Widerspruche mit dem sonstigen Sprachgebrauche im Sinne des Ausschlusses späterer Fortsetzung des Unterbrochenen gemeint ist. Die abgelaufene Verjährungszeit verliert ihre Bedeutung durch jede Anerkennung der Forderung seitens des Verpflichteten, sowie durch dessen Belangung vor einem Gerichte oder einem mit ihm vereinbarten Schiedsrichter[5]).

Einen Stillstand der Verjährung begründet die Eigenschaft

---

[4]) Diese Bezeichnung stammt von der Ersitzung, und wie es dort die interruptio possessionis ist, durch welche eine interruptio usucapionis eintritt, so ist auch hier der unmittelbare Gegenstand der interruptio der die Verjährung begründende Zustand, durch dessen Zerstörung seine bisherige Dauer ihre Bedeutung einbüßt.

[5]) L. 7 § 5, l. 8 § 4 C. h. t. L. 5 § 3 C. de recept. 2, 55. Als Bedingung der Verjährung bezeichnet Windscheid § 108 die „Nichtausübung des Anspruchs". Es vollzieht sich aber nicht nur seine Anerkennung durch ein nicht immer der Mit-

des Berechtigten als eines von der eigenen Geltendmachung seines Rechtes ausgeschlossenen Hauskindes[6]), eines impubes[7]) oder bezüglich der in weniger als 30 Jahren sich vollziehenden Verjährung eines Minderjährigen[8]). Außerdem begründet nach canonischem Rechte einen solchen die Eigenschaft des Verpflichteten als eines des fremden Rechtes bewußten im Falle der von ihm geschuldeten Restitution einer fremden Sache[9]). Endlich hat das canonische

---

wirkung des Berechtigten bedürfendes Verhalten des Verpflichteten, sondern es schließt auch die Erhebung der Forderung die Verjährung als außergerichtliche überhaupt nicht und als gerichtliche nicht schon durch die Handlung des Klägers als solche aus. Die Zustellung der Klage, welche hiefür entscheidet (l. 7 pr. § 5 C. h. t. l. 3 C. de ann. exc. 7, 40) begründet nach heutigem Rechte zugleich die Rechtshängigkeit; im Gegensatze zu dieser ist aber die Unterbrechung der Verjährung durch Competenz des Gerichtes nicht bedingt. Im Nothfalle genügt anstatt der Belangung des Verpflichteten eine Protestation vor Gericht, vor der Ortsobrigkeit oder äußersten Falles durch einen von einem Notar oder drei Zeugen unterschriebenen Anschlag am Wohnorte des Verpflichteten. L. 2 C. de ann. exc. 7, 40. Daß dieselbe Bedeutung, wie die gerichtliche Belangung des Verpflichteten, jede Anerkennung der Forderung durch diesen hat, bezeugt namentlich l. 4 C. de duob. re. 8, 39, wo als Vorgang von gleicher Bedeutung des Verpflichteten devotio vel agnitio vel ex libello admonitio genannt ist. Zugleich bestimmt hier Justinian, daß die Handlung des einen Berechtigten oder Verpflichteten auch für und gegen die Mitberechtigten und Mitverpflichteten wirkt. Mit Unrecht wird behauptet, daß Pfandbesitz des Gläubigers die Verjährung der Pfandforderung ausschließe. Wenn l. 7 § 5 C. h. t. es als zweifellos bezeichnet, daß wenn der Gläubiger res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis, so ist eine durch die Erlangung des Besitzes wegen der in ihr enthaltenen Anerkennung der Schuld sich vollziehende interruptio gemeint; denn es ist stets ein Ereigniß, welches die interruptio begründet, und es wird ea detentio mit der litis contestatio und die durch sie begründete interruptio mit der interruptio per conventionem introducta verglichen, wie auch jenem Falle als ein gleichartiger der Fall einer vom Schuldner ausgestellten zweiten cautio angereiht wird.

[6]) L. 1 § 2 C. de ann. exc. 7, 40.

[7]) L. 3 C. h. t.

[8]) L. 5 C. in quib. caus. 2, 40.

[9]) In c. 20 X. de praescr. 2, 26 ist bestimmt, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio ... unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. In der Bestimmung der die praescriptio ausschließenden mala fides als einer conscientia rei alienae findet ihre Begründung die Beschränkung des dem römischen Rechte fremden Erfordernisses der bona fides auf die Fälle geschuldeter Restitution fremder Sachen, sei es nun, daß die Forderung derselben in einem dinglichen Rechte oder in einer Obligation begründet ist. Gleich der eine besondere Rücksicht auf seine Person begründenden Unmündigkeit u. s. w. des Berechtigten ist die mala fides, durch welche der Verpflichtete der Befreiung unwürdig wird, ein

Recht den Stillstand der Verjährung für die Zeit einer feindlichen Besetzung des Gebietes bestimmt, in welchem der Berechtigte seinen Wohnsitz hat oder seine Forderung geltend zu machen hatte [10]).

Als einen ferneren Grund des Stillstandes der Verjährung pflegt man eine gegen die Forderung begründete Einrede zu bezeichnen mit der Unterscheidung, daß sie jene Bedeutung nicht habe, wenn ihre Beseitigung in der Macht des Berechtigten stehe. In Wirklichkeit entscheidet hierüber die Bedeutung des fraglichen Umstandes für die Existenz der Forderung. Indem diese der Verjährung als eine fällige unterliegt, so hemmt ein ihre Fälligkeit wieder aufhebender Umstand, wie die Stundung, welche zugleich durch die in ihrer Erbittung oder Annahme enthaltene Anerkennung des Verpflichteten die bisher abgelaufene Zeit ihrer Bedeutung entkleidet, den Lauf der Verjährung. Dagegen schließt die Befugniß des Verpflichteten, mit einer ihm zustehenden Gegenforderung zu compensiren, unabhängig davon, ob diese Befugniß durch Erfüllung der eigenen Verpflichtung zu beseitigen in der Macht des anderen steht, als eine die Existenz der Forderung nicht berührende ihre Verjährung nicht aus. Dasselbe gilt von einer Einrede, welche nicht die Existenz der Forderung verneint, sondern nur eine Beschränkung derselben geltend macht, wie die sog. exceptio non adimpleti contractus (vgl. § 65).

---

Grund des Stillstandes der Verjährung; hat er vom fremden Rechte während bestimmter Zeit nichts gewußt, dann davon erfahren und nachher seine Existenz wieder vergessen, oder haben verschiedene Verpflichtete einander abgelöst, so ist die Verjährung vollendet, wenn die Summe derjenigen Zeiträume, während welcher sie nicht wegen mala fides des Verpflichteten stille stand, den Betrag der Frist ergibt.

[10]) Nach can. 13 causa 16 qu. 3 und cap. 10 X. de praescr. steht die Verjährung stille hostilitatis tempore, was von der Zeit einer feindlichen die Rechtsverfolgung zwar nicht ausschließenden, aber erschwerenden Invasion zu verstehen ist. Diese Bedeutung kommt gleichmäßig der feindlichen Besetzung des Gebietes, in welchem der Berechtigte seinen Wohnsitz hat, und desjenigen zu, in welchem der Verpflichtete zu belangen ist. Nach Marezoll, Zsch. f. Civ. u. Pr. 7, S. 274 ff. beschränkt sich die Bestimmung auf kirchliche Forderungen; er hebt aber selbst hervor, daß an die zunächst für solche gegebene Entscheidung „das allgemeine Rechtsprincip selbst geknüpft" wird. Dagegen bezieht sich ausschließlich auf Forderungen der römischen Kirche der in cap. 14 X. de praescr. statuirte Stillstand der Verjährung während eines Schismas, welcher gleich allen der römischen Kirche als solcher eigenen Privilegien dem gemeinen Rechte nicht mehr angehört.

Die Verjährungsfrist beträgt, soweit sie nicht für bestimmte Forderungen deshalb eine kürzere ist, weil sie schon vor Einführung der allgemeinen Klagenverjährung einer kürzeren Verjährung unterlagen, 30 Jahre. Doch ist für bestimmte Fälle ausnahmsweise die Frist auf 40 Jahre erstreckt; insbesondere gilt dies von allen zwar schon zur gerichtlichen Erhebung, aber noch nicht zur Entscheidung gelangten Forderungen, deren Verjährung durch Ablauf von 40 Jahren seit der Zeit der letzten gerichtlichen Handlung[11]) erfolgt.

Durch die Verjährung einer Klage wird das sie begründende Privatrecht, soweit es nicht ein bloßes Forderungsrecht ist, nicht aufgehoben, sondern nur beschränkt. Bestritten ist dagegen, ob das Forderungsrecht durch die Verjährung schlechthin erlischt oder nur die Klagbarkeit einbüßt. Indem die praktische Bedeutung der Forderung auf der Möglichkeit ihrer gerichtlichen Erhebung beruht, weshalb die actio mit der obligatio identificirt wird und die Verneinung der actio im Zweifel eine volle Verneinung der obligatio ist, so ist das Erlöschen der actio nur insoweit nicht ein volles Erlöschen der Forderung, als aus dem besonderen Sinne der Verjährung oder einer besonderen Bestimmung des Rechtes das Gegentheil sich ergibt. Die Verjährung bezweckt aber lediglich die Sicherung des Verpflichteten vor jeder ferneren Erhebung der verjährten Forderung und begründet daher nie die Rückforderung des trotz derselben Geleisteten. Hatte sodann die Forderung schon vor ihrer Verjährung einer Gegenforderung des Verpflichteten als eine zur Compensation verwendbare gegenübergestanden, so behält sie diese Bedeutung trotz ihres sonstigen Unterganges; denn es ist nicht anzunehmen, daß durch das Unterbleiben der Erhebung oder Anerkennung seiner

---

[11]) Die 40jährige Verjährung gilt

1) für jede gerichtlich erhobene Forderung l. 9 C. h. t. l. 1 § 1 e C. de ann. exc. 7, 40;

2) für die Forderungen bestimmter juristischer Personen, so

a) der Kirchen und piae causae. Nov. 111, 131 c. 6. Das Privilegium der römischen Kirche, daß ihre Forderungen erst in 100 Jahren verjähren (Savigny § 247 III), gehört unserem Rechte nicht mehr an.

b) Bestritten ist die Frage für Forderungen des Fiscus, für welche l. 14 C. de fund. patr. 11, 62 jene Frist in Anwendung auf einen bestimmten Fall statuirt (vgl. Heimbach, Arch. f. civ. Pr. 48, S. 26 ff.).

3) Unter Umständen verjährt erst in 40 Jahren die Restitutionspflicht des Besitzers gegen den Pfandberechtigten l. 7 § 1 C. h. t.

Forderung der Berechtigte die bisher ihm zustehende Befugniß verlieren sollte, ohne Belangung oder Leistung des Verpflichteten zu seiner Befriedigung zu gelangen. Ebenso tilgt die Verjährung der Forderung das für sie bestellte Pfandrecht nicht[12]). Dagegen bleibt im übrigen die verjährte Forderung auch nicht als naturalis obligatio bestehen, so daß insbesondere die Entstehung eines Pfandrechts für eine solche und ihre Verwendung zur Compensation mit einer erst nach ihrer Verjährung entstandenen Gegenforderung ausgeschlossen ist[13]).

Ohne Bedeutung für das heutige Recht ist es, daß nach römischem Rechte die Verjährung die Klage nicht ipso iure, sondern durch Vermittelung einer exceptio oder praescriptio temporis tilgte; insbesondere folgt daraus nicht, daß die Klage erst durch die Geltendmachung ihrer Verjährung unterginge, welchenfalls die Verjährung nicht sowohl ihren Untergang als vielmehr nur das Recht ihrer Anfechtung begründen würde.

Durch private Beliebung kann die Verjährung weder ausgeschlossen noch in Ansehung ihrer Bedingungen verändert, daher insbesondere auch nicht verkürzt werden; ist durch Privatrechtsact die Existenz einer Forderung auf eine kürzere als die zur Verjährung erforderliche Zeit beschränkt, so erlischt durch ihren Ablauf die Forderung schlechthin und ist die Frage, welche Ereignisse ihren Untergang ausschließen, eine Frage der Auslegung des betreffenden Rechtsactes. Wird eine verjährte Forderung vom Verpflichteten in der Absicht anerkannt, die eingetretene Verjährung ihrer Bedeutung wieder zu entkleiden, so übernimmt er dadurch eine neue Verpflichtung, deren Uebernahme um der verjährten Forderung willen erfolgt und deren Tragweite sich daher durch die Bedeutung bestimmt, welche jener als einer nicht verjährten zukäme. Rückgängig kann die Verjährung nur werden durch in integrum restitutio, welche aber gegenüber der dreißig- und mehrjährigen Verjährung ausgeschlossen ist[14]).

**Anmerkung 1.** Man hat die Frage aufgeworfen, ob das durch Verjährung erlöschende Recht von vornherein nur auf bestimmte Zeit begründet

---

[12]) l. 2 C. de lu. pig. 8, 30.

[13]) Vgl. l. 37 D. de fidei. 46, 1.

[14]) L. 3 C. h. t.

oder aber ein solches sei, dessen an sich auf eine bestimmte Dauer nicht beschränkte Existenz durch die fortdauernde Unterlassung seiner Ausübung aufgehoben werde. Nur im zweiten Falle soll eine eigentliche Verjährung, im ersten eine gesetzliche Befristung der gleichen Art vorliegen wie im Falle eines nur auf bestimmte Zeit begründeten dinglichen Rechtes, und solche Rechte seien es gewesen, welche die alten temporales actiones geltend machten, während die allgemeine Klagenverjährung von anderer Art sei. So Demelius, Unters. aus dem römischen Civilr. I.; Brinz, Pand. 1. Aufl. § 47, 2. Aufl. § 113 f., Grawein, Verj. u. ges. Befristung 1880. Von einem auf Zeit begründeten dinglichen Rechte unterscheidet sich aber eine zeitlich begrenzte Forderung wesentlich. Indem die Forderung nicht durch ihre Existenz, sondern durch ihre sie tilgende Erfüllung das Interesse des Berechtigten befriedigt, so steht die zeitlich begrenzte Forderung für den Fall ihrer rechtzeitigen Erhebung der zeitlich unbegrenzten gleich, und es ist nur ein verschiedener Ausdruck für dieselbe Sache, ob ich eine Forderung eine nur auf bestimmte Zeit begründete oder eine solche nenne, welche durch die Unterlassung ihrer Erhebung binnen bestimmter Zeit erlischt. Es ist ein müßiger und auf der Anwendung einer dem rechtlichen Dasein fremden Kategorie (vgl. S. 173) beruhender Streit, ob die Unthätigkeit des Berechtigten ein „Coefficient“ (Brinz I. S. 391) der durch den Ablauf der Verjährungszeit eintretenden Wirkung sei. Ob die Säumniß des Berechtigten der Grund der Verjährung sei, kann nicht im Sinne der realen Ursache, sondern nur im Sinne des die Rechtsordnung bestimmenden Motives gefragt werden. Auch in dieser Richtung besteht aber kein Unterschied zwischen alter und neuer Verjährung. Sowohl die eine als die andere bezweckte nicht eine Bestrafung der Saumsal des Berechtigten, sondern die Sicherung des Verpflichteten gegen die fernere Behelligung mit der während der bestimmten Zeit nicht gegen ihn erhobenen Forderung; für beide war aber die Säumniß des Berechtigten ein Grund, weshalb ohne Unrecht gegen diesen dem Interesse des Verpflichteten Rechnung getragen werden konnte, und dieses Moment tritt gerade bei den alten temporales actiones dadurch besonders hervor, daß die Verjährungsfrist utiliter berechnet wird. Daß durch Theodosius die bisherigen perpetuae actiones nicht zu temporales geworden wären, steht überdies (wie Brinz I. S. 401 Anm. 24 zugesteht) im Widerspruche mit dem Wortlaute, wie auch schon mit der Titelrubrik der l. un. C. Th. de actionibus certo tempore finiendis 4, 14. Ausdrücklich bestimmt sie, daß von nun an alle Klagen ultra triginta annorum spatium minime protendantur und ausdrücklich erklärt sie (§ 3) die bisher der Verjährung nicht unterliegenden Klagen für solche, quae perpetuae videbantur, welche also jetzt nicht mehr perpetuae sind. Dem widerstreitet nicht, daß sie nach § 1 erlöschen triginta annorum iugi silentio; denn diese Worte bezeichnen nicht eine zum Zeitablaufe hinzukommende positive Bedingung der Verjährung, sondern nur die Möglichkeit ihres Ausschlusses durch eine Handlung des Berechtigten. Diese Möglichkeit hatte für die alten temporales actiones ebenso

bestanden und durch private Mahnung wird auch die theodosianische Klagenverjährung nicht ausgeschlossen, so daß sie keineswegs schlechthin durch das Schweigen oder die Unthätigkeit des Berechtigten bedingt ist. Daß außer der Erhebung der Klage auch die Anerkennung des Verpflichteten die Verjährung ausschließt, macht dieselbe um so weniger zu einer in höherem Maße durch die Unthätigkeit des Berechtigten bedingten, da jene Anerkennung eine Thätigkeit des Berechtigten gar nicht fordert. Gleich der Erhebung der Klage verlängert die Anerkennung des Verpflichteten ihre Existenz über die ohne jene Thatsachen ihr beschiedene Dauer; ihre zeitliche Begrenzung ist also eine negativ bedingte, und treffend sagt Justinian: actiones . . . triginta annorum spatiis concludi, nisi legitimus modus . . . interruptionem temporis introduxerit. L. 1 § 1 C. de ann. exc. Die wichtigste Besonderheit der theodosianischen gegenüber der alten Klagenverjährung ist ihre Anwendung auf dingliche Klagen, deren Verjährung sich von derjenigen der persönlichen Klagen gerade in der Richtung unterscheidet, daß zu ihr die Unthätigkeit des Berechtigten nicht genügt. Vollzöge sich die Verjährung um seiner desidia willen, so wäre nicht abzusehen, warum nicht die Befugniß des Eigenthümers, dem Besitzer seine Sache abzufordern, verjährt sein sollte, sobald er während der ganzen Verjährungszeit unterlassen hat, um seine ihm abhanden gekommene Sache sich zu bekümmern. Da aber die dingliche Klage kraft einer bestimmten in der Person des Beklagten zutreffenden Thatsache zu Recht besteht, so ist durch die Fortdauer dieser Thatsache auch ihre Verjährung bedingt. Indem es nun mein Besitz nicht als ein von einer bestimmten anderen Person erworbener, sondern als solcher ist, welcher gegen mich eine dingliche Klage begründet, so könnte die Verjährung nach allgemeinen Grundsätzen nicht ohne entsprechende Dauer meines Besitzes eintreten. Vermöge der accessio temporis oder possessionis kann aber die Klage gegen den gegenwärtigen Besitzer sowohl durch diejenige Dauer seines Besitzes erlöschen, welche dem Vorbesitzer noch zur Vollendung der Verjährung fehlte, als auch von vornherein dadurch ausgeschlossen sein, daß schon der Besitz seiner Vorgänger die zur Verjährung erforderliche Dauer erreicht hat.

**Anmerkung 2.** Der einfache Grundsatz, daß die Verjährung der Klage mit ihrer Entstehung beginnt, ist ausgesprochen in l. 3 § 1 C. h. t. Die Verjährung ist daher nicht, wie Savigny Syst. 5 S. 281 lehrte, durch eine Rechtsverletzung bedingt; denn diese ist keine Existenzbedingung der Klage. Am deutlichsten zeigt dies der Fall einer die Befugniß sofortiger Rückforderung begründenden Hingabe. Der Empfänger eines Darlehens begeht durch die Unterlassung der sofortigen Rückerstattung so wenig ein Unrecht, daß er vielmehr das Darlehen gar nicht nachgesucht oder angenommen hätte, wenn er nicht darauf rechnen würde erst nach einiger Zeit zahlen zu müssen. Der Depositar würde durch die Rückerstattung, so lange sie nicht verlangt wird, sogar ein Unrecht begehen. Und doch beginnt in beiden Fällen die Verjährung der Klage sofort, weil sie sofort erhoben werden kann. Anders verhält es sich aber auch nicht im Falle

der dinglichen Klagen; dem Precaristen gegenüber, welcher kraft der eigenen Bewilligung des Eigenthümers besitzt, beginnt sofort die Verjährung der Eigenthumsklage als einer sofort begründeten, so daß sich nicht, wie noch Windscheid (§ 107) thut, das Erforderniß einer „Störung der dinglichen Herrschaft" aufstellen läßt. Nur für die Feststellungsklagen ist zwar nicht eine Verletzung, aber eine Gefährdung des Inhaltes der fraglichen Rechtsbeziehung, weil sie eine Bedingung ihrer Existenz ist, ein Erforderniß des Anfanges ihrer Verjährung, welche aber zugleich durch jede neue die Klage von Neuem begründende Gefährdung ausgeschlossen wird; wäre es die Verletzung des klägerischen Rechtes, welche die Klage begründet, so müßte jede neue Verletzung als eine die Klage von Neuem begründende die Verjährung unterbrechen. — Keine Ausnahme vom Erfordernisse vollendeter Entstehung der Klage ist es, daß die Rückforderung eines auf Kündigung gegebenen Darlehens sofort zu verjähren anfängt; denn ein solches ist ohne jede Beschränkung der Rückforderung gegeben (l. 48 D. de V. O. 45, 1); würde der Klage eine private Kündigung nicht vorhergehen, so wäre sie nicht etwa abzuweisen, da durch ihre Erhebung die Kündigung erfolgt, und daß der Kläger in die Kosten des Processes zu verurtheilen wäre, verhält sich ebenso in anderen Fällen einer ohne vorherige private Anforderung erhobenen Klage. Besonders bestritten ist der Fall einer Kündigungsfrist. Wird eine Leistung schlechthin für eine bestimmte spätere Zeit geschuldet, so besteht vor dieser Zeit noch keine Forderung, wie sich daran zeigt, daß ihre frühere Erhebung der rechtlichen Bedeutung entbehrt. Wird eine Leistung dagegen geschuldet als eine binnen bestimmter Zeit nach der Forderung ihrer Vollziehung zu vollziehende, so begründet nicht erst die Fälligkeit der Schuld die Existenz einer Forderung, sondern umgekehrt erst die Erhebung der Forderung die spätere Fälligkeit der Schuld. Wird nun bei einer durch die Fälligkeit der Schuld gegebenen und daher durch ihre Existenz die Befugniß der Klage begründenden Forderung die Erhebung der Klage innerhalb der Verjährungszeit verlangt, so muß im Falle einer Forderung, welche erst durch ihre Erhebung die Fälligkeit der Schuld und damit die Befugniß der Klage als eine binnen bestimmter Frist eintretende begründet, innerhalb der Verjährungszeit ihre die spätere Klage ermöglichende Erhebung und die Klage innerhalb der um jene Frist verlängerten Verjährungszeit erfolgen. Vielfach statuirt man schlechthin diese Verlängerung der Verjährungszeit (so auch B. G.-Entw. § 158); es hat aber keinen Sinn, im Falle der während der Verjährungszeit unterbliebenen Kündigung die Verjährung erst mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist eintreten zu lassen, da doch die Möglichkeit ihrer Abwendung schon vorher nicht mehr besteht. Gegen die Möglichkeit einer ohne Kündigung eintretenden Verjährung darf man nicht einwenden, daß sie anstatt einer Verjährung der ohne vorherige Kündigung nicht begründeten Klage eine Verjährung des Kündigungsrechtes wäre; denn im Gegensatze zu einer durch ihre Existenz die Klage begründenden Forderung liegt hier eine solche Forderung vor, welche erst durch ihre um

bestimmte Zeit vorhergehende Erhebung eine Klage begründet und als eine während der Verjährungszeit nicht erhobene eine Klage nicht mehr zu begründen vermag. Vgl. Leonhard in Jhering's Jahrb. 17, S. 439 ff. Die Verjährung einer überhaupt noch nicht entstandenen Forderung ist nur möglich, wenn sie durch eine andere bedingt ist und daher mit dieser erlischt. Daher erlischt durch die Verjährung der Hauptschuld auch die Schuld des Bürgen trotz der ihm zustehenden exceptio excussionis, während sonst eine Forderung, so lange sie durch eine exceptio ausgeschlossen ist, der Verjährung nicht unterliegt; dagegen wird diese nicht gehemmt durch die Existenz einer compensabeln Gegenforderung des Verpflichteten als eine die Existenz der Forderung nicht ausschließende und ebensowenig durch die exceptio non adimpleti contractus, da hier die Forderung sofort, wenngleich nicht ohne das Angebot gleichzeitiger eigener Leistung, erhoben werden kann.

**Anmerkung 3.** Man streitet sowohl über den Gegenstand als über die Wirkung der sog. Klagenverjährung und zwar

1) darüber, ob die Verjährung überhaupt das durch die Klage geltend gemachte Privatrecht berühre; was z. B. G. Hartmann (Arch. f. civ. Pr. 73, S. 347 Anm.) verneint. Mit Recht betont aber Hanausek (Verh. des 20. deutschen Jur.-Tages I. S. 311), daß die Verjährung auch dann, wenn sie ausschließlich der ferneren Geltendmachung eines Privatrechtes im Wege der Klage entgegensteht, doch jenes Recht berührt; sie macht ja nicht die Klage als solche unmöglich, sondern ihre richterliche Abweisung trotz des Zutreffens ihrer sonstigen Existenzbedingungen nothwendig. Hartmann selbst erklärt, der „Anspruch" bleibe trotz der Verjährung bestehen, aber „als ein freilich klagloser"; würde aber den Anspruch als solchen, wie Hartmann hervorhebt, diese Aenderung überhaupt nicht berühren, so dürften auch nicht von den civiles obligationes die naturales unterschieden werden, bezüglich welcher den Quellen nicht sowohl ihre Verschiedenheit von jenen als vielmehr die Frage zweifelhaft ist, ob sie überhaupt noch Obligationen sind (L. 16 § 4 D. de fidei. 46, 1). Auch das dingliche Recht ist kein solches, welches durch die Verjährung der dinglichen Klage nicht berührt würde. Wie das Recht des redlichen Erwerbers als ein nicht jeden Dritten verpflichtendes von geringerem Umfange ist als das Eigenthum, so erfährt das Eigenthum eine Schmälerung seines Umfanges dadurch, daß es wegen eingetretener Verjährung gegen bestimmte Personen keine Klage mehr begründet. Indem der Verjährung die Klage unterliegt, so unterliegt ihr das Privatrecht als ein die Klage begründendes. Wenn der B. G.-Entw. § 154 anstatt der Klage den „Anspruch" oder „das Recht einer Person, von einem Anderen eine Leistung zu verlangen", also die privatrechtliche Forderung als das Object der Verjährung bezeichnet, so schließt er mit Unrecht die Feststellungsklagen von der Verjährung aus, von welchen nicht abzusehen ist, warum sie nicht deshalb erlöschen sollten, weil die sie begründende Gefährdung um die Verjährungszeit

zurückliegt. Außerdem werden aber dadurch der Verjährung dinglicher Klagen, da diese in der Geltendmachung einer privatrechtlichen Forderung nicht aufgehen, zu enge Grenzen gezogen. Hat der Besitzer, zu dessen Gunsten die Eigenthumsklage verjährt ist, den Besitz verloren und später wieder erlangt, so ist der durch seinen gegenwärtigen Besitz gegen ihn begründete „Anspruch" ein anderer als der durch seinen früheren Besitz begründete, so daß er im Sinne des Entwurfes nicht dadurch ausgeschlossen wäre, daß dieser durch Verjährung erloschen war. Ebenso würde die Verjährung der Erbschaftsklage nur die Abforderung der seit ihrem Beginne vom Beklagten besessenen Erbschaftssachen ausschließen, da die Restitution der erst später in seinen Besitz gelangten Sachen eine Leistung ist, welche er erst später zu schulden anfing. Indem die dingliche Klage nicht nur eine bestimmte Forderung gegen den Beklagten, sondern auch das sie begründende Rechtsverhältniß geltend macht, so schließt ihre Verjährung auch jede andere Klage aus, welche auf dem durch sie geltend gemachten Rechtsverhältnisse beruht. So schließt die Verjährung der Erbschaftsklage auch die erbschaftlichen Singularklagen und die Verjährung der rei vindicatio auch die Verjährung der negatoria in rem actio aus, wogegen natürlich nicht das umgekehrte zutrifft, weil die negatoria nicht das Eigenthum als solches, sondern seine Freiheit von einer bestimmten Beschränkung geltend macht.

2) In Ansehung der Wirkung der Verjährung ist bestritten

a) ob die verjährte Forderung als naturalis obligatio fortbesteht. Es ist aber das Erlöschen der actio im Zweifel ein volles Erlöschen der durch sie geltend gemachten obligatio und es ist deren Untergang durch den Ablauf der Verjährungszeit in l. 18 § 1 D. de pec. const. 13, 5 ausdrücklich ausgesprochen. Es wäre denn auch dem Zwecke der Verjährung zuwider, wenn die verjährte Forderung jede einer naturalis obligatio möglicher Weise zukommende Bedeutung behielte, wenn sie z. B. zur Compensation mit einer erst nach ihrer Verjährung entstandenen Gegenforderung verwendet werden könnte. Daß aber doch die Forderung durch ihre Verjährung nicht jede Bedeutung einbüßt, zeigt der Umstand, daß das für sie begründete Pfandrecht ihre Verjährung überdauern kann. Es verliert also der zu seiner Befriedigung nicht auf das Mittel der Klage Angewiesene, sondern durch ein ihm zustehendes Pfandrecht ein anderes Mittel seiner Befriedigung besitzende Gläubiger dieses Mittel nicht durch die Verjährung der Klage. Ebenso hat aber derjenige, dessen Forderung einer fremden Forderung als compensable gegenübersteht, an der ihm zustehenden Befugniß der Compensation ein Mittel, ohne Klage seine Befriedigung herbeizuführen; auch dieses Mittel darf er daher nicht durch die Verjährung der Klage verlieren. Kann außerdem die Verjährung vermöge ihres auf die Sicherung des Verpflichteten vor fernerer Anforderung sich beschränkenden Zweckes nicht die Rückforderung des trotz derselben Geleisteten begründen, so ist zu sagen, daß sie der verjährten Forderung insoferne, aber

auch nur insoferne die Bedeutung einer naturalis obligato läßt als die trotz derselben erfolgte Befriedigung des Gläubigers den Charakter der solutio behält und eine unabhängig von der Belangung des Schuldners dem Gläubiger zustehende Sicherung seiner Befriedigung durch die Verjährung nicht erlischt. Was in dieser Beziehung für das Pfandrecht bestimmt ist, muß ebenso vom Retentionsrechte des Pfandgläubigers wegen anderer Forderungen gelten, während die Haftung des Bürgen wegen der exceptio excussionis dem Gläubiger eine von der Belangung des Hauptschuldners unabhängige Sicherung seiner Befriedigung nicht gewährt.

b) Aus der Eigenschaft der Verjährung als einer ope exceptionis eintretenden leitet man vielfach ab, daß ihre richterliche Berücksichtigung bedingt sei durch ihre Geltendmachung seitens des Verpflichteten. Hinge demgemäß die Bedeutung der Verjährung vom Willen des Verpflichteten ab, so wäre ihre Folge nicht sowohl der Untergang der Klage als die Befugniß des Verpflichteten, ihren Untergang durch Willenserklärung herbeizuführen. Die Annahme, daß die exceptio nicht schon durch ihre Zuständigkeit, sondern erst durch ihre Geltendmachung die Forderung, welcher sie entgegensteht, ausschließe, trifft aber hier um so weniger zu, da der Prätor in die formula der von ihm nur auf Zeit verheißenen temporales actiones die exceptio temporis nicht erst auf besonderen Antrag des Beklagten, sondern ohne Weiteres aufnahm. Und aufs schroffste widerspräche jene Behandlung dem Zwecke der allgemeinen Klagenverjährung, den Rückgriff auf alte vielleicht längst untergegangene Forderungen auszuschließen. Es wäre unzweckmäßig, wenn der Richter im Falle einer nach Maßgabe der vom Kläger vorgetragenen Thatsachen bereits verjährten Forderung den Beklagten deshalb zu verurtheilen hätte, weil er ausgeblieben ist oder aus Rechtsirrthum auf die Verjährung sich nicht berufen hat, oder wenn der Richter deshalb, weil der Beklagte auf die Verjährung sich zu berufen verschmäht, trotz dieser auf die Untersuchung eines vom Beklagten behaupteten und wegen der Länge der seitdem verflossenen Zeit kaum mehr festzustellenden sonstigen Tilgungsgrundes der Forderung sich einlassen müßte. Es besteht auch kein Bedürfniß, die Möglichkeit des Verzichtes auf die Verjährung in einem anderen Sinne als in demjenigen der erneuten Obligirung zuzulassen und für diese von dem sonst für Obligirungen bestehenden Erfordernisse der Zustimmung des Berechtigten abzusehen.

**Anmerkung 4.** Nach dem B. G.-Entw. steht auf Grund der erfolgten Verjährung „dem Anspruche eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird" (§ 182). Nach den Motiven soll diese Fassung sowohl die Möglichkeit des einseitigen Verzichtes auf die Wirkung der Verjährung als die Unzulässigkeit ihrer Berücksichtigung von Amtswegen ausdrücken. Dieser Beschränkung der Wirkung der Verjährung steht gegenüber ihre Ausdehnung dahin, daß die einer fremden

gegenüberstehende Forderung durch die Verjährung auch die Verwendbarkeit zur Compensation verlieren soll (§ 162 Abs. 3), was weder gerecht noch consequent ist, denn „die Verjährung eines durch Pfandrecht gesicherten Anspruches hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem Pfande zu verlangen" (§ 183 Abs. 1); warum soll also die Verjährung eines durch die Möglichkeit der Compensation gesicherten Anspruches den Berechtigten an dieser Compensation hindern? Nach dem Entwurfe kann „die Erleichterung der Verjährung, insbesondere die Abkürzung der Verjährungsfrist durch Rechtsgeschäft bestimmt werden" (§ 185 Abs. 2); soll also, wie für eine kraft der Bestimmung des Rechtes verjährte, so auch für eine kraft privater Beliebung binnen bestimmter Zeit zu erhebende Forderung nach Ablauf jener Zeit noch ein Pfandrecht bestehen können? Und soll auch hier eine bloße „Einrede" Platz greifen, so daß auch im Falle einer nach dem Inhalte des sie begründenden Rechtsactes binnen bestimmter Frist zu erhebenden Forderung der Richter den Ablauf jener Frist nicht von Amtswegen soll berücksichtigen dürfen?

## III. Das Zusammentreffen der Rechte.

### 1. Concurrirende Rechte derselben Person.

### § 64.

Concurrirende sind diejenigen neben einander existirenden Rechte, deren Inhalt in der Weise zusammentrifft, daß der Inhalt des einen nicht neben dem Inhalte des anderen seine volle Realisirung zu finden vermag. Dieses Verhältniß ist aber von entgegengesetzter Bedeutung, wenn es um Rechte derselben Person und wenn es um Rechte verschiedener Personen sich handelt. Im ersten Falle schließt die Realisirung des einen Rechtes die Realisirung des anderen in sich, im zweiten Falle schließt die Realisirung des einen Rechtes die Realisirung des anderen aus. Der erste Fall pflegt als derjenige der Klagenconcurrenz bebezeichnet zu werden, welche in Wirklichkeit eine Concurrenz verschiedener privatrechtlicher Forderungen derselben Person ist. Die Befugniß der eigenen Realisirung eines bestimmten Inhaltes ist stets nur eine; treffen daher verschiedene sie begründende Rechte in einer Person zusammen, so existirt nicht mehr eine Mehrheit concurrirender Rechte, sondern nur noch ein Recht. Dagegen kann dieselbe Leistung demselben Berechtigten aus verschiedenen Verpflichtungsgründen geschuldet sein, welchenfalls ihm mehrere mit einander concurrirende Forderungen zustehen. Wesentlich ist dafür

auf der einen Seite die Identität der geschuldeten Leistung, ohne welche die Forderungen nicht concurrirende wären, und auf der anderen Seite die Verschiedenheit der Verpflichtungsgründe, ohne welche nicht eine Mehrheit von Forderungen vorläge. Die Identität der geschuldeten Leistung besteht aber auch dann, wenn theils eine specifisch bestimmte Leistung, theils als Ersatz dieser die Verschaffung ihres Werthes geschuldet wird. Die Person, gegen welche die eine und die andere Forderung zusteht, kann sowohl dieselbe als auch eine verschiedene sein. Habe ich meine Sache einem anderen geliehen und hat dieser sie an einen dritten veräußert, so ist es dieselbe Leistung, welche mir der eine aus dem doppelten Verpflichtungsgrunde des mit mir abgeschlossenen Vertrages und des gegen mich begangenen Delictes, sowie der andere vermöge meines Eigenthumes und seines Besitzes schuldet, so daß ich drei mit einander concurrirende Forderungen habe. Dagegen war die nach römischem Rechte gegen den Entleiher durch sein Delict begründete Forderung einer Strafzahlung wegen der Verschiedenheit der geschuldeten Leistung eine solche, welche mit jenen Ersatzforderungen nicht concurrirte. Keine Concurrenz verschiedener Forderungen, sondern nur e i n e Forderung liegt vor, wenn es derselbe Verpflichtungsgrund ist, welcher durch verschiedene Klagen geltend gemacht werden kann; so ist neben der condictio furtiva gegen den Delinquenten als einen solchen, qui dolo possidere desiit, die Vindication begründet, welche aber denselben Verpflichtungsgrund der Unterschlagung und damit dieselbe Delictsforderung geltend macht. Indem aber die dingliche Klage nicht nur die Restitutions- oder Ersatzpflicht des Beklagten, sondern auch das sie begründende Rechtsverhältniß als solches geltend macht, so besteht zwischen ihr und anderen Klagen das Concurrenzverhältniß nur insoweit als ihre Anstellung dem Zwecke der Erfüllung jener Verpflichtung dient, während ihr Inhalt als ein auf die Geltendmachung einer privatrechtlichen Forderung sich nicht beschränkender über den Inhalt einer lediglich eine solche geltend machenden Klage hinausgeht. Es concurriren also mit einander nicht die persönliche und die dingliche Klage als solche, sondern nur die durch die eine und die durch die andere geltend gemachte privatrechtliche Forderung.

Das Zusammentreffen verschiedener Forderungen ist nicht wie das Zusammentreffen anderer Rechte desselben Inhaltes als solches

ein Grund ihres Unterganges; weil und soweit aber die Befriedigung der einen die Befriedigung der anderen in sich schließt, erlöschen alle mit einander concurrirenden Forderungen derselben Person durch jeden Vorgang, welcher für eine von ihnen die Bedeutung der Befriedigung hat[1]).

**Anmerkung.** Mit Recht hat es Brinz Pand., 1. Aufl., § 40 für verkehrt erklärt, „wenn man die Klagenconcurrenz unter die Aufhebung der Klagen stellt". Dadurch unterscheidet sich eben das Zusammentreffen verschiedener Forderungen, deren Inhalt derselbe ist, vom Zusammentreffen anderer Rechte desselben Inhaltes, daß vermöge ihres von demjenigen der anderen verschiedenen Grundes jede neben der anderen existirt. Merkel (Der Concurs der Actionen 1877) bestimmt die Concurrenz als diejenige Coexistenz, „welche die Nothwendigkeit ihrer Lösung zu Gunsten des einen Concurrenten und zum Nachtheil des anderen in sich trägt" (S. 6). Eine Concurrenz dieser Art kann aber nur zwischen den Rechten verschiedener Personen bestehen. Während diese verschiedenen Interessen dienen, die im Falle der Concurrenz nicht neben einander befriedigt werden können, so dienen die concurrirenden Rechte derselben Person demselben Interesse, dessen einmalige Befriedigung seine abermalige Befriedigung nur deshalb ausschließt, weil es durch jene erloschen ist. Merkel meint, man könne „gewiß nicht mit Unger sagen", daß die concurrirenden Forderungen einander nicht widerstreiten. Wie soll aber meine Befugniß, eine bestimmte Leistung als eine kraft eines Delictes mir geschuldete zu fordern, der Befugniß widerstreiten, dieselbe Leistung außerdem als eine kraft eines Vertrages mir geschuldete zu fordern. Würden die dinglichen Klagen eine Verpflichtung zu einer Leistung nicht geltend machen, so würde auf sie die Concurrenz keine Anwendung finden; indem sie aber gleichfalls eine solche geltend machen, ohne doch in ihrer Geltendmachung aufzugehen, so findet der Begriff auf sie insoferne, aber auch nur insoferne Anwendung als die durch sie geltend gemachte Forderung einer Leistung mit der kraft eines anderen Verpflichtungsgrundes durch eine andere Klage geltend gemachten Forderung derselben Leistung concurrirt. Bestritten ist, ob es die Identität des Grundes, des Zweckes oder des Objectes ist, welche die Concurrenz begründet. Die Identität des Verpflichtungsgrundes würde aber, wenn dieselbe Leistung geschuldet ist, die Verschiedenheit der Forderungen ausschließen; sind dagegen aus demselben Verpflichtungsgrunde verschiedene Leistungen geschuldet, so besteht keine Concurrenz, so wenn dasselbe Delict eine Strafforderung und eine Ersatzforderung begründet. Die Identität

---

[1]) L. 36 § 2 D. de her. pet. 5, 3. L. 13—15 pr. D. de rei vind. 6, 1. L. 45—50 D. pro soc. 17, 2. L. 2 § 1 D. de tut. act. 27, 3. L. 34 D. de obl. et act. 44, 7. L. 9 § 1 D. de furt. 47, 2.

des Zweckes ist durch die Identität der geschuldeten Leistung gegeben, genügt aber nicht ohne diese; sonst bestünde das Verhältniß der Concurrenz zwischen der Forderung und dem Pfandrechte. Entscheidend ist die Identität des Objectes der verschiedenen Forderungen oder der geschuldeten Leistung, wovon es keine Ausnahme begründet, daß einer anderen Leistung die zum Ersatze dieser geschuldete Verschaffung ihres Geldwerthes gleichsteht.

Von der Concurrenz im technischen Sinne ist zu unterscheiden einestheils eine beliebige Coexistenz verschiedener Forderungen und anderntheils die Existenz verschiedener dasselbe Rechtsverhältniß geltend machender actiones, welche entweder nur durch die Verschiedenheit ihrer formula und daher seit deren Wegfall überhaupt nicht mehr von einander verschieden sind, oder solche Forderungen geltend machen, die alternativ zustehen. Von solchen Forderungen (wie z. B. den durch die actio redhibitoria und die actio quanti minoris geltend gemachten) spricht Ulpian in l. 43 § 1 D. de R. J. Während in diesem Falle der eiusdem rei nomine concurrirenden Forderungen una quis experiri debet, so behandelt die Concurrenz im technischen Sinne Paulus in l. 41 § 1 D. de obl. et act. Wenn er hier davon spricht, daß ex eodem facto duae competant actiones, so statuirt er in keiner Weise eine Identität des Verpflichtungsgrundes, sondern nur die Identität der geschuldeten Leistung, welche insbesondere da vorliegt, wo für dieselbe oder für verschiedene Personen aus verschiedenen Rechtsgründen die Verpflichtung zur Beseitigung desselben dem Berechtigten nachtheiligen thatsächlichen Zustandes besteht. Habe ich, weil der Besitz meiner Sache mir entzogen oder ein bestimmter Schaden von mir erlitten ist, verschiedene Restitutions- oder Ersatzforderungen, so sind sie allerdings sämmtlich durch die eine Thatsache des mir fehlenden Besitzes oder meiner Schädigung bedingt; wie aber zur Restitution meines Besitzes niemand schon durch jene Thatsache, sondern erst durch eigenen Besitz, eigenes Delict oder einen sonstigen in seiner Person zutreffenden Rechtsgrund verpflichtet ist, so schuldet mir niemand den Ersatz meines Schadens anders als kraft eines in seiner Person zutreffenden Verpflichtungsgrundes, und wenn verschiedene Mitschuldige den Ersatz desselben Schadens schulden, so schuldet ihn jeder vermöge seines eigenen mit demjenigen des anderen nicht identischen Delictes. Die Bedeutung der Concurrenz bezeichnet das Wort des Gaius (l. 57 D. de R. J. 50, 17): bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. Dasselbe klingt an den Satz an: bis de eadem re ne sit actio. Während es aber bei diesem sich um die Identität des geltend gemachten Rechtsverhältnisses handelt, so handelt es sich bei der Concurrenz um die Identität der geforderten Leistung als eine ohne jene Identität bestehende. Ohne Bedeutung ist es für das heutige Recht, daß nach römischem Rechte die mehrfache Forderung einer aus mehreren Verpflichtungsgründen geschuldeten Leistung mit Ausnahme des Falles einer bonae fidei actio nicht ipso iure ausgeschlossen war.

## 2. Die Rechte verschiedener Personen.

### § 65.

Die coexistirenden Rechte verschiedener Personen können einander theils durch das Zusammentreffen ihres Inhaltes theils dadurch gegenüberstehen, daß ihre Subjecte einander gegenseitig verpflichtet sind.

Die Realisirung desselben Rechtsinhaltes kann verschiedenen Personen entweder in Uebereinstimmung mit einander oder je für sich zustehen. Im ersten Falle liegt eine Identität des zur Realisirung jenes Inhaltes befugenden Rechtes vor, welches seinen verschiedenen Subjecten gemeinsam zusteht[1]). Wenn es zugleich als ein solches bezeichnet wird, welches jedem Berechtigten zu einem bestimmten Theile zusteht[2]), so ist damit nicht eine Getheiltheit seines Inhaltes gemeint, sondern ein Maßstab für das Verhältniß, in welchem der aus seinem Objecte bezogene Ertrag und der auf dasselbe gemachte Aufwand, sowie im Falle der Auflösung der Gemeinschaft der Werth des gemeinsamen Rechtes den einzelnen Genossen zufallen soll. Indem die richterliche Auflösuug der Gemeinschaft zu fordern jedem Genossen jederzeit zusteht (S. 151), so hat er zwar nicht ein eigenes, von demjenigen der Genossen verschiedenes Recht an der gemeinsamen Sache, aber ein eigenes Recht auf Theilung und damit darauf, daß der Werth des gemeinsamen Rechtes zu einem bestimmten Theile ihm zukomme. Außerdem begründet die Theilnahme des einzelnen am gemeinsamen Rechte ein Sonderrecht desselben dadurch, daß sie ein eigenes Object rechtlicher Verfügung und ihre Geltendmachung gegen dritte das Object einer eigenen dinglichen Klage ist.

Dem Verhältnisse der Rechtsgemeinschaft ist das zwischen den Rechten verschiedener Personen bestehende Verhältniß der Concurrenz entgegengesetzt. Für das Verhältniß jedes Berechtigten zu dritten ist die Existenz eines mit dem seinigen concurrirenden fremden Rechtes ohne Bedeutung. Bezüglich des gegenseitigen Verhältnisses der verschiedenen Berechtigten ist dagegen zu unterscheiden, indem in diesem die Concurrenz entweder eine einseitige oder eine gegenseitige ist. Geht das

---

[1]) L. 28 D. comm. div. 10, 3.

[2]) L. 5 § 15 D. commod. 13, 6.

Recht des einen dem Rechte des anderen vor, so hat es diesem gegenüber dieselbe Geltung wie gegenüber dritten, während im Verhältnisse zum Subjecte des vorgehenden Rechtes durch dessen Concurrenz die Geltung des nachstehenden ausgeschlossen ist. Geht kein Recht dem anderen vor, so besteht zwischen ihnen das Verhältniß der gegenseitigen Concurrenz oder der Collision, welches für das Subject jedes Rechtes die Geltung des anderen ausschließt. Lediglich eine Consequenz davon ist es, daß für die Frage, ob der Inhalt des einen oder des anderen Rechtes zur Realisirung zu gelangen vermag, theils der Besitzstand theils die Prävention entscheidet, da keinem Berechtigten gegen den anderen und jedem gegen dritte Personen eine Klage zusteht[3]). Nur in wenigen Fällen hat das römische Recht die Beseitigung einer Collision durch das Mittel des Looses bestimmt[4]).

Während im Falle der Collision die Rechte verschiedener Personen in der Weise neben einander stehen, daß keines für das Subject des anderen eine Verpflichtung begründet, so können auch die Rechte und Verpflichtungen verschiedener Personen einander in der Weise gegenüberstehen, daß die Geltendmachung des eigenen Rechtes gegen den Verpflichteten durch die Existenz seines den anderen verpflichtenden Rechtes ausgeschlossen ist oder durch eine bestimmte Art seiner Geltendmachung ausgeschlossen werden kann. Schlösse das fremde Recht seinem Subjecte gegenüber durch seinen Inhalt die Geltendmachung des eigenen Rechtes aus, so wäre es ein mit diesem concurrirendes und entweder ihm vorgehendes oder mit ihm collidirendes. Schulden dagegen dieselben Personen aus demselben Verpflichtungsgrunde einander verschiedene Leistungen, so ist jede Subject einer eigenen durch die Coexistenz der fremden nicht in Ansehung ihres Inhaltes beschränkten Verpflichtung und Forderung, welche aber nicht ohne die andere zur Realisirung gelangen soll; daher kann hier keiner die Erfüllung der fremden Verpflichtung fordern, ohne zur Erfüllung der eigenen Verpflichtung bereit zu sein, steht also jedem, so lange diese Bereitschaft des anderen nicht besteht, die Befugniß der Retention der jenem geschuldeten Leistung zu[5]). Diese Retentionsbefugniß

---

[3]) L. 10 D. de pig. 20, 1. L. 6 § 7 D. quae in fr. cr. 42, 8.

[4]) § 23 J. de leg. 2, 20. L. 14 D. de iud. 5, 1. L. 5 D. fam. herc. 10, 2.

[5]) L. 13 § 8 D. de act. emt. 19, 1.

ist also nicht ein eigenes Recht, aber eine Consequenz der Coexistenz einer eigenen mit einer fremden Forderung, während im Falle eines für sich bestehenden sogenannten Retentionsrechtes keinerlei eigene Forderung und fremde Verpflichtung, sondern lediglich dieselbe Beschränkung einer fremden Forderung vorliegt, welche in anderen Fällen eine Consequenz einer ihr gegenüberstehenden Forderung ist.

Ohne das Erforderniß der Einheit ihres Entstehungsgrundes ist die Coexistenz gegenseitiger Forderungen derselben Personen von rechtlicher Bedeutung, wenn der Inhalt der einen von demjenigen der anderen sich nicht qualitativ, sondern nur quantitativ unterscheidet. In diesem Falle ist, soweit der Betrag der vom einen und der vom anderen geschuldeten Leistung sich deckt, dem Erfolge ihrer beiderseitigen Vollziehung der Erfolg ihres beiderseitigen Unterbleibens gleich, so daß der beiderseitigen Erfüllung der eigenen Schuld der gegenseitige Erlaß der fremden gleich steht, da er nicht nur gleich jener die beiden Forderungen tilgt, sondern auch durch das mit dem Erlöschen der eigenen verbundene Erlöschen der fremden Forderung beiden Gläubigern denselben Erfolg wie die Erfüllung gewährt. Daher gibt das Recht hier jedem Theile die Befugniß der Compensation oder des von der Zustimmung des Gegners unabhängigen Verzichtes auf die eigene Forderung als eine zum Zwecke und mit dem Erfolge der Tilgung der fremden aufgegebene [6]).

Ueberall da, wo einem Rechte eine bestimmte Bedeutung dadurch zukommt, daß es einem fremden Rechte gegenübersteht, tritt zu dem durch seine Existenz gegebenen Inhalte ein weiterer, durch seine Coexistenz mit jenem gegebener hinzu, welcher entweder eine fremde Forderung gegen den Berechtigten, die ohne jenes Recht begründet wäre, ausschließt oder den Berechtigten dazu befähigt, durch eine Verfügung über sein Recht eine fremde gegen ihn begründete Forderung aufzuheben. Von der Geltendmachung solcher Umstände, deren rechtliche Bedeutung darin aufgeht, ein fremdes Recht auszuschließen oder zu einer ein solches ausschließenden Willenserklärung zu befähigen, unterscheidet sich die Geltendmachung eines eigenen Rechtes als eines eine fremde

---

[6]) D. de comp. 16, 2.

Forderung ausschließenden oder zum Zwecke ihrer Aufhebung aufgebenen nicht durch die Nothwendigkeit seiner Behauptung und seines Beweises; denn diese kann sowohl bezüglich anderer der Geltendmachung eines Rechtes entgegenstehender Umstände bestehen als auch bezüglich eines ihr entgegenstehenden eigenen Rechtes fehlen, weil seine Existenz aus den zur Begründung der fremden Forderung geltend gemachten Thatsachen folgt. Dagegen unterscheidet sich ein eigenes in jener Bedeutung nicht aufgehendes Recht von einem in ihr aufgehenden Umstande wesentlich dadurch, daß seine Existenz durch die Existenz des fremden Rechtes nicht bedingt ist und durch die Unterlassung seiner Geltendmachung gegenüber diesem nicht erlischt, während die Existenz eines anderen einem fremden Rechte entgegenstehenden Umstandes jede rechtliche Bedeutung dadurch verliert, daß der Geltendmachung des fremden Rechtes gegenüber derjenige, zu dessen Gunsten jener Umstand zutrifft und welchem seine Geltendmachung zusteht, sie unterläßt. Insbesondere unterscheidet sich dadurch vom Falle eines eigenen Rechtes der Fall einer bloßen Anfechtungsbefugniß, welche dadurch erlischt, daß die Anfechtung der Geltendmachung desjenigen Rechtes gegenüber unterbleibt, dessen Existenz durch ihre Vollziehung ausgeschlossen würde.

Mit dem Begriffe eines eigenen eine fremde Forderung ausschließenden oder zum Zwecke ihrer Ausschließung verwendbaren Rechtes hat man mit Unrecht den römischen Begriff der exceptio identificirt. Eine exceptio begründete jeder Umstand, dessen Berücksichtigung als eines die erhobene Forderung ausschließenden dem Richter nicht ohne obrigkeitliche durch Einrückung einer exceptio in die formula ihm ertheilte Anweisung zustand [7]). In der Regel hatte die Nothwendigkeit dieser Anweisung ihren Grund darin, daß der fragliche Umstand die Bedeutung, die erhobene Forderung auszuschließen, dem Willen der Obrigkeit verdankte, welche zwar durch die ihr zustehende Instruirung des Richters die Rechtsanwendung beherrschte, aber das ius selbst

[7]) Gai. 4, 116 sqq. L. 2 pr. D. de exc. 44, 1. Diese Anweisung war aber nicht nothwendig eine specielle, sondern war durch die exceptio doli (L. 2 § 5 D. de doli exc. 44, 4) für alle die Forderung des Klägers ausschließenden Umstände gegeben, welche dieser kannte, so daß die trotzdem erfolgte Erhebung der Forderung eine dolose war.

nicht ändern konnte, so daß ihre Anordnung eine Forderung nicht zu einer ipso iure nicht existirenden machte. Wie keineswegs jede exceptio ein eigenes Recht geltend machte, so begründete umgekehrt keineswegs jede gegenüber einer fremden Forderung erfolgende Berufung auf ein eigenes Recht eine exceptio.

**Anmerkung 1.** Wenn es in l. 28 D. comm. div. 10,3 heißt, daß in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse, unde manifestum est, prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat, so unterscheidet sich das hier vom Falle der Rechtsgemeinschaft Ausgesagte von demjenigen, was im Falle collidirender Rechte gilt, dadurch, daß in diesem keiner der mehreren Berechtigten ein ius prohibendi gegen den anderen hat. Steht aber, wie es hier ausgesprochen ist, die Behandlung der Sache im Falle des Miteigenthums dem einzelnen Berechtigten nicht ohne die Zustimmung der Mitberechtigten zu, so ist es nicht der Wille des einen oder des anderen, sondern lediglich der gemeinsame Wille aller Berechtigten, welchem die Sache unterthan ist, so daß es lediglich nur um ein den verschiedenen Berechtigten gemeinsam zustehendes Recht sich handelt, dessen in der Lehre vom Zusammentreffen der verschiedenen Rechte verschiedener Personen nur zu gedenken ist, um den Fall desselben dem Falle collidirender Rechte gleichen Inhaltes entgegenzusetzen. Davon, daß der einzelne Genosse ein ihm eigenes Recht nicht hat, besteht nicht, wie z. B. von Windscheid § 169a gelehrt wird, eine Ausnahme bezüglich der bestimmungsgemäßen mit der gleichen Benützung der Genossen verträglichen Benützung der Sache; diese Benützung ist nicht eine unabhängig von der Zustimmung der Genossen dem einzelnen zustehende, sondern nur eine solche, welche dieselben einander zu gestatten verpflichtet sind, so daß das Recht auf dieselbe nicht ein dingliches Recht des Einzelnen, sondern eine kraft der Eigenschaft der Rechtsgemeinschaft, die Genossen gegen einander zu verpflichten, ihm zustehende Forderung ist. Ein eigenes Recht begründet dagegen die Betheiligung des Einzelnen am gemeinsamen Rechte als eine zu rechtlicher Verfügung befähigende, und außerdem gewährt sie ihm durch die ihm zustehende Forderung der Theilung die Anwartschaft auf ein eigenes Recht als ein solches, dessen Begründung ihm der Staat schuldet (S. 336). Indem dieses auf sein Verlangen anstatt seiner Theilnahme am gemeinsamen Rechte ihm zuzuerkennende Recht schon jetzt zwar nicht in seiner specifischen Bestimmtheit, aber in Ansehung seines Werthes als eines solchen feststeht, welcher in einem bestimmten Quotenverhältnisse zum Werthe des gemeinsamen Rechtes steht, so wird ihm dieses selbst in dem Sinne zu einem bestimmten Theile zugeschrieben, daß der Werth seiner Betheiligung am gemeinsamen Rechte ein bestimmter Theil von dessen eigenem Werthe ist. Darauf beruht es auch, daß trotz der Identität des gemeinsamen Rechtes dem einzelnen Genossen eine eigene partis vindicatio zusteht; denn nach römischem Rechte begründet vermöge der pe-

cuniaria condemnatio die gerichtliche Durchsetzung privatrechtlicher Forderungen die Realisirung nicht sowohl ihres unmittelbaren Inhaltes als seines Geldwerthes. Ueber das Verhältniß der Identität des gemeinsamen Rechtes zu der dem einzelnen Genossen zugeschriebenen pars vgl. insbesondere v. Scheurl (Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten 1884, S. 10), der erklärt: „es kommt auf die Theilbarkeit der Wirkungen an, welche nach dem Rechtsinhalt für den Rechtsinhaber durch das Rechtsobject vermittelt werden sollen." Dieser schon von Brinz Pand. 2. Aufl. § 131 betonten mittelbaren Bedeutung der dem Einzelnen zugeschriebenen pars widerspricht aber das von Scheurl (S. 23) angenommene „gesonderte Miteigenthumsrecht des einzelnen Miteigenthümers," welches „nur einen Bruchtheil des Umfangs hat, der dem Alleineigenthum zukommt." Mit Recht hat Windscheid § 142 Anm. 10 die früher von ihm in Uebereinstimmung mit Girtanner (Ihering's Jahrb. 3 S. 239 ff.) vertretene Bezeichnung des Miteigenthums als eines Rechtes an einem bestimmten Theile des Werthes einer Sache aufgegeben, welche eine schiefe Formulirung des richtigen Gedankens ist, daß vermöge der durch sie begründeten eigenen Rechte der Betheiligung des Einzelnen am gemeinsamen Eigenthume ein eigener Werth zukommt, dessen Verhältniß zum Werthe des gemeinsamen Eigenthumes die dem Einzelnen zugeschriebene pars ausdrückt.

**Anmerkung 2.** Savigny, Syst. 5 S. 152 ff. hat gelehrt, daß „der Inhalt der Exceptionen in einem selbständigen Recht des Beklagten besteht" (S. 169 unten). Der Name der exceptio weist aber darauf in keiner Weise hin; ihm gemäß bezeichnet Ulpian in l. 2. pr. de exc. 44, 1 die exceptio als quasi quaedam exclusio, verlegt also ihr Wesen in den Zweck des Ausschlusses der fremden Forderung und nicht in ihren Grund. Daß diesen keineswegs immer ein eigenes Recht bildet, ist unbestreitbar. Ebensowenig begründete aber umgekehrt jedes eine fremde Forderung ausschließende eigene Recht eine exceptio; davon z. B. daß das Recht an fremder Sache eine exceptio gegen die rei vindicatio begründet hätte, wissen die Quellen nichts; vielmehr begründete die Behauptung eines solchen die Versagung der Vindication, anstatt welcher mit der negatoria in rem actio aufzutreten war. Die exceptio war insofern keine unmittelbare Negation der actio, als sie eine nicht ohne obrigkeitliche Anweisung vom Richter zu berücksichtigende Negation derselben war; ob dies immer auf dem prätorischen Ursprunge dieser Negation oder unter Umständen, wie vielleicht im Falle der exceptio Senatusconsulti Macedoniani und Velleiani, auf ihrer singulären Natur oder noch auf anderen Gründen beruhte, das ist für die heutige Geltung des Exceptionsbegriffs gleichgültig. Derselbe läßt sich insbesondere nicht aufrechterhalten im Sinne einer Unterscheidung solcher Umstände, welche die Existenz, und solcher, welche nur die Wirksamkeit eines Rechtes ausschließen; denn genau insoweit als es von Rechtswegen der Wirksamkeit entbehrt, entbehrt ein Recht der Geltung oder Existenz, und eine gewisse Berechtigung hatte jene Unterscheidung nur vom Standpunkte der römischen Aus-

drucksweise aus, welche die vom Prätor statuirte Unwirksamkeit eines Rechtes als eine nicht von Rechtswegen Platz greifende bezeichnete. Die Bezeichnung der Einrede, welche man für die exceptio zu gebrauchen pflegt, bezeichnet die Geltendmachung jedes Umstandes, welcher, um vom Richter als ein die Klage ausschließender berücksichtigt zu werden, der Behauptung und des Beweises bedarf, und ob dieser Umstand ein eigenes Recht des Beklagten ist, macht für die Eigenschaft seiner Geltendmachung als einer Einrede keinen Unterschied. Mit Unrecht unterscheidet Thon (Jhering's Jahrb. 28 S. 37 ff.) von anderen Einreden die rechtsverfolgenden oder einen Gegenanspruch erhebenden. Schon nach der sprachlichen Bedeutung des Wortes ist die Einrede nie eine Erhebung einer Forderung, sondern stets nur eine Einwendung gegen die Erhebung einer solchen. Ob die Einrede erhoben wird durch die Geltendmachung eines eigenen Rechtes oder eines anderen Umstandes, ist eine Verschiedenheit nicht ihres Zweckes, sondern ihres Grundes. Indem das Privatrecht theils Forderungen zu begründen theils, wenn es einem fremden Rechte gegenübersteht, solche Forderungen, welche ohne seine Existenz begründet wären, auszuschließen vermag, so ist die im Wege der Einrede erfolgende Berufung auf ein eigenes Recht nicht eine besondere Art der Vertheidigung gegen eine Klage, aber eine besondere Art der Geltendmachung jenes Rechtes. Mit Unrecht nimmt Bekker (Pand. § 28) die Existenz negativer Rechte an, deren Wirkung darin aufgehe, die Wirkung anderer Rechte auszuschließen. Ginge darin die Wirkung eines Rechtes auf, so ginge auch in dieser Wirkung seine Existenz auf, so daß in Wirklichkeit nicht ein eigenes Recht, sondern lediglich die Negation eines Rechtes vorläge. Die Eigenschaft der negativen Rechte als wahrer Rechte gründet Bekker darauf, daß sie für den Richter nur im Falle ihrer Geltendmachung existiren, was aber auch von anderen ein fremdes Recht ausschließenden Umständen gilt.

Von den Fällen, in welchen ein Recht durch seinen Inhalt eine Forderung ausschließt, sind die Fälle der Compensations- und Retentionsbefugniß nicht, wie Thon meint, dadurch verschieden, daß die Berufung auf die eigene Gegenforderung einer Erhebung derselben wäre, welche ja durch Compensation vielmehr zum Zwecke der Tilgung der fremden Forderung aufgegeben und durch die Retentionseinrede nicht als eine zu befriedigende, sondern als eine solche geltend gemacht wird, ohne deren Befriedigung die Befriedigung der fremden Forderung nicht geschuldet wird. Vermöge der Einheit des Verpflichtungsgrundes sind es hier dieselben Thatsachen, aus welchen die Forderung des Klägers und die Gegenforderung des Beklagten sich ergibt, so daß es der besonderen Geltendmachung dieser nicht bedarf und der Kläger ohne weiteres abzuweisen ist, wenn er nicht zu ihrer Befriedigung sich erbietet oder ihre bereits erfolgte Befriedigung darthut. Während hier die Gegenforderung durch ihre Existenz die Abweisung der fremden Forderung als einer nicht ohne ihre Befriedigung zu befriedigenden begründet, so gewährt die Compensationsbefugniß dem Be-

klagten die Möglichkeit, durch Erlaß der fremden Schuld die eigene zu tilgen, weil dem Erfolge der Erfüllung beider der Erfolg ihrer beiderseitigen Tilgung ohne Erfüllung gleichsteht. Hier gilt, was vom Falle eines durch seine Existenz eine fremde Forderung ausschließenden Rechtes nicht gilt, daß durch eine Willenserklärung des Gegners die Forderung des Klägers erlischt; diese Willenserklärung ist aber nicht eine Geltendmachung der Gegenforderung als einer bestehenden, sondern eine sie mit der Forderung des Klägers tilgende Verfügung. Mit Unrecht betrachtet man vielfach die Compensation als eine erst durch das richterliche Urtheil vollzogene. Daß dieses dem Kläger nur den Ueberschuß seiner Forderung über den Betrag der Gegenforderung zuerkennt, geschieht in Anerkennung der durch den Beklagten vollzogenen Compensation als einer rechtsgültigen, und daran ändert nichts der Umstand, daß das römische Recht (anders B. G. Entw. § 282) die gerichtliche Vollziehung jener Verfügung fordert (Vgl. S. 320 Anm.). Eine rechtsverfolgende Einrede statuirt Thon außerdem im Falle einer durch Einrede vollzogenen Anfechtung, welche aber nicht ein eigenes Recht geltend macht, dessen Consequenz nur die Befugniß der Anfechtung wäre. Wenn er als eine solche überdies die exceptio excussionis des Bürgen bezeichnet, so ist nichts sicherer als daß dieselbe keinerlei Recht, sondern nur die Bedingtheit einer Verpflichtung geltend macht, und was in Wirklichkeit Thons rechtsverfolgenden Einreden gemeinsam ist, das ist ihre Eigenschaft, die Verjährung der Klage, welcher sie entgegenstehen, nicht auszuschließen, die aber in den verschiedenen Fällen auf verschiedenen Gründen beruht.

Die Frage, ob die Verjährung der Klagen auch auf die Einreden Anwendung finde, erledigt sich dadurch, daß die Einreden als solche ein Object der Verjährung nicht sind, und daß die Frage, inwieweit ein Recht, das wegen eingetretener Verjährung nicht im Wege der Klage geltend gemacht werden kann, doch noch eine Einrede zu begründen vermöge, zusammenfällt mit der Frage, inwieweit die Verjährung der Klage das durch sie geltend gemachte Recht zerstört.

Daß der römische Begriff der exceptio dem heutigen Rechte nicht mehr angehört, ist schon von Albrecht, Die Exceptionen des gem. Civilprocesses 1835 und neuerdings von Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio 1871 ausgeführt worden. Dagegen nimmt auch noch Eisele (dagegen Brinz, Kr. Vjschr. 14 S. 220 ff., Lenel, Ueber Urspr. u. Wirk. der Exc. 1876) einen wenngleich mit dem Gegensatze der ipso iure und der per exceptionem nicht bestehenden actio nicht identischen Gegensatz in der Bedeutung verschiedener die Existenz einer Forderung ausschließender Umstände an, welchen Windscheid § 47 als den Gegensatz eines nicht existirenden und eines gehemmten Anspruchs bezeichnet. Von einer bloßen Hemmung eines Anspruches kann höchstens im Falle seines bloß zeitweiligen Ausschlusses die Rede sein; auch dieser unterscheidet sich aber von seinem dauernden Ausschlusse nicht dadurch, daß der gehemmte Anspruch ein trotz seiner Hemmmung bestehender wäre. Eine gestundete Schuld

begründet während der Zeit, für welche sie gestundet ist, keine Forderung und unterscheidet sich in nichts von einer von vornherein erst später zu erfüllenden, und die Annahme, daß der „gehemmte“ Anspruch, wenn er ein erloschener wäre, nicht später wieder aufleben könnte, beruht auf unzulässiger Uebertragung des im Gebiete realer Existenz geltenden.

---

## Fünfter Abschnitt. Die Feststellung der Rechtsverhältnisse.

### 1. Uebersicht.

### § 66.

Von Bedeutung für die Existenz eines Rechtsverhältnisses ist ihre gerichtliche Feststellung durch die ihr zukommende Rechtskraft. Indem sodann die richterliche Annahme der Existenz eines Rechtsverhältnisses nicht sowohl von seiner wirklichen Existenz als von seiner Existenz für das Bewußtsein des Richters abhängt, für welches die seine Existenz begründenden Thatsachen nur als bewiesene existiren, so ist von privatrechtlicher Bedeutung die Beweislast. Von solcher ist aber auch schon die Erhebung eines Rechtsverhältnisses zum Objecte richterlicher Feststellung oder die Rechtshängigkeit. Eine auf anderem Wege als demjenigen des Richterspruches erfolgende Feststellung eines Rechtsverhältnisses kann durch privaten Rechtsact vollzogen oder angeordnet werden, welche aber eine rechtskräftige nur im Falle des Schiedsspruches ist.

### 2. Die Rechtshängigkeit.

### § 67.

Ein Privatrechtsverhältniß ist rechtshängig als ein der Feststellung durch Richterspruch überwiesenes. Diese Ueberweisung erfolgte nach römischem Rechte durch die litis contestatio, deren Form nach der Verschiedenheit des Gerichtsverfahrens eine verschiedene war, deren Wesen aber in der durch gegenseitige Erklärung der Parteien vollzogenen Erhebung des vom Kläger geltend gemachten Rechtsverhältnisses zum Objecte richterlicher Entscheidung bestand [1]. Doch kennt schon das spätere römische Recht die Möglichkeit einer ohne Mitwirkung des Beklagten zu Stande kommenden richterlichen Entscheidung, und nach heutigem Rechte

---

[1]) Wlassak, Die Litiscontestation im Formularproceß 1888.

ist es die Erhebung der Klage, welche das durch sie geltend gemachte Rechtsverhältniß zum Objecte richterlicher Entscheidung erhebt und seine Rechtshängigkeit begründet[2]). Von privatrechtlicher Bedeutung ist die Rechtshängigkeit theils dadurch, daß sie die Existenz des geltend gemachten Rechtsverhältnisses von der Entscheidung des Processes abhängig macht, zu dessen Object es geworden ist, theils dadurch, daß die Zeit ihres Eintrittes für den Inhalt der Entscheidung maßgebend ist.

Ursprünglich schloß die litis contestatio theils ipso iure theils vermittelst der exceptio rei in iudicium deductae[3]) jede Erhebung des geltend gemachten Rechtsverhältnisses zum Objecte eines neuen Processes zwischen denselben Parteien aus, da das ältere römische Recht keine andere Beendigung des Processes kannte als durch richterliches Urtheil und durch Verjährung, durch welche das Recht des Klägers auf gerichtliche Feststellung des von ihm geltend gemachten Rechtsverhältnisses erlosch[4]). Nach justinianischem und heutigem Rechte fallen dagegen dadurch, daß der Proceß ohne Entscheidung über die Existenz des geltend gemachten Rechtsverhältnisses erlischt, die Folgen der Rechtshängigkeit wieder weg, so daß das Object des erloschenen Processes nun wieder zum Objecte eines neuen Processes erhoben werden kann[5]). Für den

---

[2]) Nach dem älteren römischen Rechte war eine richterliche Entscheidung ohne Mitwirkung des Beklagten überhaupt nicht möglich. Nach späterem Rechte wird dieselbe zwar nicht mehr durch contumacia, aber noch durch Zugeständniß des Beklagten ausgeschlossen, so daß auch noch nach justinianischem Rechte die Erhebung der Klage nicht für sich, sondern nur in Verbindung mit dem Verhalten des Beklagten das geltend gemachte Rechtsverhältniß zum Objecte richterlicher Entscheidung macht. Dagegen galt das Gegentheil schon nach gemeinem Rechte; doch war es für dieses bestritten, ob die Erhebung der Klage oder erst die Einlassung des Beklagten die Rechtshängigkeit begründe, während jetzt § 235 der Reichscivilproceßordnung maßgebend ist. Mit Unrecht behauptet man, daß schon nach justinianischem Rechte die Erhebung der Klage die Rechtshängigkeit begründet habe. Die Unterbrechung der Klagenverjährung (S. 343) ist keine Folge der Rechtshängigkeit. Ebenso setzte nicht erst die litis contestatio, sondern schon die Erhebung der Klage wegen der durch sie vollzogenen Anforderung den Schuldner in Verzug, falls dessen sonstige Bedingungen zutrafen. Schon nach römischem Rechte tritt aber die Erweiterung der Verpflichtung des Beklagten durch seine Belangung als solche ein (Note 15).

[3]) Gai. III. 181. IV. 106 sq.

[4]) Gai. IV. 104 sq.

[5]) In der Regel erklärt man, daß die nach älterem Rechte durch litis contestatio eintretende processualische Consumtion, welche der Novation

Inhalt der Entscheidung ist die Zeit des Eintrittes der Rechtshängigkeit dadurch maßgebend, daß von ihr an gewisse Thatsachen die ihnen sonst zukommende Bedeutung nicht mehr haben und anderen Thatsachen eine ihnen sonst nicht eigene Bedeutung zukommt.

Indem durch die Erhebung einer Klage die richterliche Anerkennung eines bestimmten Rechtsverhältnisses als eines zur Zeit bestehenden gefordert wird, so ist die Frage seiner Existenz als eines erst nach der Erhebung der Klage entstandenen kein Object der geforderten Entscheidung[6]); doch macht nach canonischen Rechte die dingliche Klage das behauptete Rechtsverhältniß, wenn sie nicht auf die Geltendmachung eines bestimmten Entstehungsgrundes desselben sich beschränkt, auch als ein erst nach ihrer Erhebung entstandenes zum Objecte der Entscheidung[7]). Während aber die für die Entscheidung der erhobenen Klage bedeutungslose spätere Entstehung des fraglichen Rechtes die Möglichkeit seiner nunmehrigen Geltendmachung begründet, so hatten ursprünglich nach eingetretener Rechtshängigkeit die das fragliche Recht aufhebenden

---

verglichen wird (Gai. III. 180, l. 29 D. de nov. 46, 2), dem justinianischen und heutigen Rechte nicht mehr angehöre. Jene Consumtion bedeutet aber nichts anderes als den durch den Proceßbeginn begründeten Ausschluß eines neuen Processes in derselben Sache. Der Novation wird sie verglichen, weil, wie diese eine Obligation durch Begründung einer neuen tilgt, so die Erhebung eines Rechtsverhältnisses zum Objecte des Processes seine Erhebung zum Objecte eines anderen Processes dadurch ausschließt, daß sie seine Existenz vom Ausgange des erhobenen Processes abhängig macht. Indem dies vermöge der Einrede der Rechtshängigkeit (C.-P.-O. § 235, Z. 1) noch heutzutage zutrifft, so gehört die processualische Consumtion noch dem heutigen Rechte an. Indem aber nach justinianischem und heutigem Rechte der Proceß ohne Entscheidung erlöschen kann, so fällt gleich der Eigenschaft des zum Objecte des Processes erhobenen Rechtsverhältnisses als eines solchen, dessen Existenz von der Entscheidung dieses Processes abhängt, der Ausschluß seiner Erhebung zum Objecte eines anderen Processes dadurch wieder weg, daß der Proceß ohne Entscheidung erlischt. Die processualische Consumtion ist dadurch eine solche geworden, welche nach der Analogie der Tilgung einer Schuld durch bedingte Novation zwar sofort als eine vorläufige, aber erst mit der Entscheidung des Processes als eine endgültige Platz greift. Vgl. Wetzell, Civilproc. § 14; Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. § 153.

[6]) L. 23, 35 D. de iud. 5, 1.

[7]) cap. 3 de sent. in VI° 2, 14. Dieser Bestimmung widerspricht nicht die in C.-P.-O. § 230, Z. 2 geforderte Angabe „des Grundes des erhobenen Anspruches", denn dieser ist richtiger Ansicht nach nichts anderes als das geltend gemachte Rechtsverhältniß.

Thatsachen keinerlei Bedeutung mehr. Das unmittelbare Object der richterlichen Entscheidung war im ältesten Processe das Zutreffen der in der Form der legis actio vom Kläger vollzogenen Rechtsbehauptung und damit die Existenz des behaupteten Rechtsverhältnisses zur Zeit ihrer Vollziehung, im Formularprocesse das Zutreffen der intentio und damit die Existenz des durch diese bezeichneten Rechtsverhältnisses zur Zeit der Vollziehung der formula. Zur Berücksichtigung des späteren Erlöschens des fraglichen Rechtsverhältnisses wurde der Richter zunächst durch bestimmte Arten von formulae angewiesen, deren intentio anstatt seiner gegenwärtigen seine zukünftige Existenz als entscheidend bezeichnete[8]). Schließlich gelangte aber für alle formulae eine freiere Auslegung zur Geltung, welche den Richter anweist, überall da, wo nicht die Gerechtigkeit das Gegentheil fordert, den späteren Eintritt der das fragliche Rechtsverhältniß aufhebenden Thatsachen zu berücksichtigen[9]). An die Stelle der früheren Regel ist dadurch die entgegengesetzte getreten, und die in Rede stehenden Thatsachen entbehren der rechtlichen Bedeutung nur noch aus demselben Grunde, aus welchem vom Eintritte der Rechtshängigkeit an anderen im Falle ihres früheren Eintrittes bedeutungslosen Thatsachen rechtliche Bedeutung zukommt. Diesen Grund bildet die Abwendung solcher Nachtheile, welche sonst die Verzögerung der Entscheidung mit sich brächte. Zu diesem Zwecke ist im Interesse des Klägers die Bedeutungslosigkeit bestimmter das fragliche Rechtsverhältniß aufhebender Thatsachen nebst bestimmten Erweiterungen der kraft desselben dem Beklagten obliegenden Verpflichtungen und im Interesse beider Parteien die Bedeutungslosigkeit der Veräußerung des durch die Klage geltend gemachten und des durch dieselbe verneinten Rechtes statuirt.

Ausgeschlossen wird durch den Eintritt der Rechtshängigkeit der Untergang des klägerischen Rechtes durch eine zu Gunsten des Beklagten eintretende Verjährung oder Ersitzung. Während die Verjährung eines Forderungsrechtes durch die Erhebung der Klage unbedingt unterbrochen wird, so ist in Ansehung der Ersitzung des Eigenthums und der Verjährung eines Rechtes an fremder Sache ihr Ausschluß dadurch, daß der Proceß zur Ent-

---

[8]) So ging die intentio der bonae fidei actiones auf quidquid dare facere oportebit ex fide bona.

[9]) Gai. IV. 114.

scheidung gelangt, bedingt, da die Ersitzung oder Verjährung eine solche ist, welche zwar während des Processes weiter läuft, aber im Momente der Entscheidung zu einer nicht eingetretenen wird[10]). Man pflegt dies nicht genau so auszudrücken, daß die Ersitzung und Verjährung zwar schlechthin eintrete, aber im Urtheile als eine nicht eingetretene zu behandeln sei. Wäre dem so, so wäre die eingetretene Rechtsfolge im Verhältnisse zu dritten, denen gegenüber die Entscheidung der Rechtskraft entbehrt, unwiderruflich, so daß trotz der zu seinen Gunsten ergangenen Entscheidung der Kläger das ihm zuerkannte Recht gegen dritte als ein für sie erloschenes nicht mehr geltend machen könnte, und trotz der zu seinen Ungunsten ergangenen Entscheidung der Beklagte das dem Kläger zuerkannte Eigenthum als ein während des Processes durch Ersitzung auf ihn übergegangenes gegen dritte geltend machen könnte[11]).

Außer dem Untergange durch Verjährung wird auch der Untergang des vom Kläger geltend gemachten Rechtes durch Tod des Klägers oder des Beklagten als ein durch die Rechtshängigkeit ausgeschlossener bezeichnet. Dieser Ausschluß gilt aber nicht allgemein, sondern nur bezüglich solcher Forderungsrechte, deren Object die Verschaffung eines auf die Erben übergehenden Vermögensbestandtheiles ist. Für diese ergibt sich der Ausschluß ihres Unterganges dadurch, daß ihre zur Zeit der Erhebung der Klage erfolgte Befriedigung den Erben des Klägers zu gute gekommen wäre, und das den Erben des Beklagten zufallende Vermögen vermindert hätte[12]).

Jn Ansehung der durch die Rechtshängigkeit dem Beklagten erwachsenden Verpflichtungen ist zu unterscheiden, ob dieser die Forderung, deren Befriedigung durch die Erhebung der Klage von ihm verlangt wird, als eine begründete kennt oder nicht. Jm ersten

---

[10]) L. 18, 20, 21 D. de rei vind. 6, 1. L. 8 § 4 D. si serv. 8, 5. L. 2 § 21 D. pro emt. 41, 4.

[11]) Jm Widerspruche mit den Aussagen in Note 10 nimmt Windscheid § 124 Anm. 13, § 180 Anm. 7 eine unbedingte Unterbrechung jeder Verjährung und Ersitzung durch den Proceßbeginn an. Daß aber „in l. 2 C. ubi in rem 3, 19 und l. 2 C. de praescr. l. t. 7, 39 geradezu von einer Unterbrechung der praescriptio und der possessio die Rede ist", beweist nicht die Unbedingtheit dieser Unterbrechung. S. auch Arndts, Pand. 11. Aufl., § 163 Anm. 2.

[12]) § 1 J. de perp. et temp. act. 4, 12. L. 29 D. de nov. 46, 2. L. 164 D. de reg. iur. 50, 17.

Falle macht er sich eines Unrechtes dadurch schuldig, daß er, anstatt die erhobene Forderung sofort zu befriedigen, es auf die Entscheidung ankommen läßt. Er schuldet daher dem Kläger die Abtretung aller durch die Verzögerung der Entscheidung ihm selbst erwachsenen Vortheile und den Ersatz aller durch dieselbe dem Kläger erwachsenen Nachtheile [13]). Ist die ursprünglich geschuldete Leistung ganz oder theilweise während des Processes unmöglich geworden, so genügt die bloße Möglichkeit, daß im Falle ihrer Vollziehung zur Zeit der Erhebung der Klage der fragliche Nachtheil den Kläger nicht getroffen hätte, um die Pflicht seines Ersatzes zu begründen [14]).

Kannte der Beklagte die gegen ihn erhobene Forderung nicht als eine zu Recht bestehende, so schuldet er den Ersatz der durch die Verzögerung der Entscheidung dem Kläger erwachsenen Nachtheile nur insoweit als entweder ihm selbst ein entsprechender Vortheil erwachsen ist, oder ihn eine culpa trifft. Von der Erhebung der Klage an muß sich der Beklagte, sollte er auch noch so fest überzeugt sein, die vom Kläger geforderte Leistung nicht zu schulden, der Möglichkeit einer anderen Entscheidung des Richters bewußt sein, so daß er für den Fall dieser wegen jeder den Kläger schädigenden Nachlässigkeit verantwortlich ist, sei nun ihre Folge ein positiver Schade oder die Versäumung eines dem Kläger abzutretenden Vortheiles, welchen zu beziehen ein diligens pater familias nicht unterlassen hätte [15]). Indem der Nachtheil und Vortheil der Verzögerung einer Geldleistung seine Ausgleichung durch Zinsleistung findet, so begründen Geldschulden vom Momente der Rechtshängigkeit an die Verpflichtung zur Zahlung landesüblicher Zinsen [16]).

Die Veräußerung des durch die Klage geltend gemachten

[13]) L. 40 pr. D. de her. pet. 5, 3; l. 17 § 1 l. 20 D. de r. v. 6, 1.

[14]) L. 20 § 21 D. de her. pet. 5, 3. L. 15 § 3 D. de rei vind. 6, 1.

[15]) Nach l. 25 § 7 D. de her. pet. 5, 3 post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam, was aber nur in dem Sinne zutrifft, daß vom Proceßbeginne an der Beklagte der gegen ihn erhobenen Forderung als einer solchen sich bewußt sein muß, die der Richter möglicherweise als zu Recht bestehend anerkennt. Entscheidend war hiefür schon nach römischem Rechte die Erhebung der Klage, weil von ihr an der Beklagte die Forderung als eine gegen ihn erhobene kennt und mit der Möglichkeit ihrer richterlichen Anerkennung rechnen muß.

[16]) L. 34 D. de usur. 22, 1. L. 1 § 1 C. de pet. her. 3, 31. L. 1, 2 C. de usur. 6, 47. Der B. G.-Entw. kennt mit Unrecht die Proceßzinsen nicht.

und des durch sie verneinten Rechtes hatte das römische Recht ausgeschlossen[17]), um den Beklagten gegen die Gefahr abermaliger Belangung durch einen anderen Kläger und den Kläger gegen die Nothwendigkeit abermaliger Belangung eines anderen Beklagten zu sichern. Unser Recht[18]) hat jene Unveräußerlichkeit aufgehoben und erreicht den Zweck, um dessen willen sie statuirt war, dadurch, daß es der Veräußerung jede Bedeutung für den anhängigen Proceß abspricht und die Rechtsfolge der Entscheidung auch gegen den Rechtsnachfolger eintreten läßt.

**Anmerkung.** Die privatrechtliche Bedeutung der Rechtshängigkeit pflegt man als eine Wirkung des Proceßbeginnes zu bezeichnen. Es handelt sich aber um eine Bedeutung, welche der Erhebung der Klage nicht für sich, sondern nur im Hinblicke auf die durch sie geforderte Entscheidung zukommt, so daß sie wieder wegfällt, wenn der Proceß ohne Entscheidung erlischt. Der Proceßbeginn hat daher, wie Wetzell, Civilpr. § 14 mit Recht betont, nicht eine selbständige Bedeutung neben derjenigen der Entscheidung, sondern seine Bedeutung verhält sich zur Bedeutung dieser wie die Bedeutung der schwebenden zur Bedeutung der erfüllten Bedingung. Nicht nur ist der durch die Rechtshängigkeit begründete Ausschluß einer neuen Klage in derselben Sache ein solcher, welcher wieder wegfällt, wenn der Proceß ohne Entscheidung erlischt, sondern dasselbe gilt von der rechtlichen Bedeutung und der rechtlichen Bedeutungslosigkeit, die bestimmten Thatsachen dadurch zukommt, daß sie während des Processes eintreten. Erlischt der Proceß ohne Entscheidung, so ist das vom Kläger geltend gemachte Recht durch die während des Processes vollendete Verjährung oder Ersitzung ebenso erloschen, wie wenn es nicht zum Objecte des Processes erhoben worden wäre, und ebenso ist die durch die Rechtshängigkeit begründete Erweiterung der Verpflichtung des Beklagten eine solche, welcher nur für die Entscheidung dieses Processes Bedeutung zukommt.

Bezüglich der exceptio rei in iudicium deductae des älteren römischen Rechtes streitet man darüber, ob sie mit der dem justinianischen und heutigen Rechte angehörenden Einrede der Rechtshängigkeit überhaupt zusammenhänge, während man es als feststehend ansieht, daß jene im Gegensatze zu dieser den Ausschluß eines neuen Processes in derselben Sache als einen durch die litis contestatio nicht nur für die Dauer des begonnenen Processes, sondern für immer begründeten geltend gemacht habe. Wäre dem aber so und wäre res in iudicium deducta jedes einmal zum Objecte des Processes erhobene Rechtsverhältniß unabhängig davon, ob jener ein entschiedener und der Vergangenheit

---

[17]) C. de litigiosis 8, 36.

[18]) C.-P.-O. § 236.

angehöriger oder ein schwebender und erst noch zu entscheidender ist, so hätte nicht neben der exceptio rei in iudicium deductae von einer exceptio rei iudicatae die Rede sein können. Wenn Gai. IV 106 von einer exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae spricht, so unterscheidet er den Fall der res iudicata oder der entschiedenen vom Falle der res in iudicium deducta oder der erst noch zu entscheidenden Sache; trotz der entgegengesetzten zeitlichen Aufeinanderfolge stellt er jenen voran, weil es die Rechtskraft der durch die Vollziehung der litis contestatio geforderten Entscheidung ist, um deren willen das zum Objecte des eröffneten Processes erhobene Rechtsverhältniß nicht mehr zum Objecte eines neuen Processes erhoben werden kann. Daß nach altem Rechte der Ausschluß eines neuen Processes in derselben Sache ein dauernder war, hatte seinen Grund darin, daß der einmal begonnene Proceß nicht ohne Entscheidung erlöschen konnte. Von der exceptio rei iudicatae unterschied sich die exceptio rei in iudicium deductae einestheils dadurch, daß nur jene und nicht auch diese für und gegen die Rechtsnachfolger der Parteien Platz griff, und anderntheils dadurch, daß vermöge des Inhaltes der Entscheidung der Umfang jener hinter dem Umfange dieser zurückbleiben konnte. Jede Geltendmachung eines Rechtes ist zugleich eine Verneinung jedes mit dem geltend gemachten Rechte nicht vereinbaren Rechtes des Gegners; außer dem eigenen ist daher Object einer durch die Erhebung der Eigenthumsklage geforderten Entscheidung auch das Eigenthum des Beklagten als ein solches, dessen Verneinung gefordert wird; ein Object der gefällten Entscheidung ist es dagegen nur wenn sie zu Gunsten des Klägers erfolgte, so daß der Proceß über das Eigenthum des Klägers einen neuen Proceß über das Eigenthum des Beklagten zwar stets als ein erst noch zu entscheidender, aber als ein bereits entschiedener nur im Falle einer bestimmten Entscheidung ausschließt. Dasselbe gilt vom Falle eines durch den Beklagten behaupteten Rechtsverhältnisses, dessen Existenz trotz der Existenz des vom Kläger geltend gemachten Rechtsverhältnisses die Abweisung der Klage begründet. Nach römischem Rechte war die Behauptung eines solchen Rechtsverhältnisses nicht möglich, ohne in der für den Umfang der Rechtshängigkeit maßgebenden formula zum Ausdrucke zu gelangen. So wurde im Falle der Behauptung eines trotz des Eigenthums des Klägers seine Abweisung begründenden Rechtes an fremder Sache anstatt der rei vindicatio die dieses Recht verneinende negatoria in rem actio gegeben. Nach heutigem Rechte wird auf Grund der Erhebung der Eigenthumsklage die Frage, ob dem Beklagten ein bestimmtes ihre Abweisung begründendes Recht zusteht, dadurch rechtshängig, daß trotz der Behauptung eines solchen die Klage aufrecht erhalten, also das Eigenthum nicht nur als solches, sondern als ein von der behaupteten Beschränkung freies geltend gemacht wird. Eine andere Bewandtniß hat es mit der Berufung auf eine zur Compensation mit der Forderung des Klägers verwendete Gegenforderung. Diese ist eine für den Fall der vom Richter angenommenen Existenz der vom Kläger behaupteten Forderung zum Zwecke der

Compensation aufgegebene und kann daher aus diesem Grunde bis zur Entscheidung nicht geltend gemacht werden.

Ein Fall nicht der res in iudicium deducta, sondern der res iudicata oder der zu Ungunsten des Klägers entschiedenen Sache war der Fall der mit dem Wegfalle des Formularprocesses weggefallenen Proceßverjährung, wie sich auch daran zeigt, daß sie für und gegen die Rechtsnachfolger Platz gegriffen haben muß und einen neuen Proceß über ein mit dem Rechte des Klägers unverträgliches Recht des Beklagten nicht ausgeschlossen haben kann. Eine schlechthin für immer Platz greifende war die durch die litis contestatio begründete processualische Consumtion nicht nur deshalb nicht, weil durch den Inhalt der Entscheidung ihr Umfang eine Ermäßigung erfahren konnte, sondern sie fiel auch wieder ganz weg, wenn anstatt eines rechtsgültigen ein nichtiges Urtheil erfolgte, das also nicht nur selbst der rechtlichen Bedeutung entbehrte, sondern den ganzen Proceß in ähnlicher Weise seiner rechtlichen Bedeutung entkleidete, wie die bedingte Willenserklärung jede rechtliche Bedeutung dadurch verliert, daß anstatt der Erfüllung die Vereitelung der Bedingung eintritt. Daß die res in iudicium deducta nichts anderes ist als ein zum Objecte eines schwebenden Processes erhobenes Rechtsverhältniß, zeigen die Worte der lex agraria vom J. 643 d. St., welche (v. 38) die gerichtliche Entscheidung fordern de ea re . . . quae res soluta non siet inve iudicio non siet iudicatave non siet. Mit Recht findet Eisele (Abh. zum röm. Civilproc. S. 19 ff.) hier eine Einrede der Rechtshängigkeit angeordnet; anstatt der von ihm angenommenen absoluten Verschiedenheit dieser Einrede von der exceptio rei in iudicium deductae entnehmen wir dagegen jenen Worten die Identität beider, welche schon die Bezeichnung nahe legt und ohne deren Annahme wir anstatt der sonst dem römischem Rechte eigenen Continuität der Entwickelung das Resultat vor uns hätten, daß die schon dem Rechte der Republik bekannt gewesene Einrede der Rechtshängigkeit einer Einrede ganz anderer Art Platz gemacht hätte, um nach Jahrhunderten mit dem Wegfalle dieser wieder aufzutauchen. Wenn Lenel (Das Edictum perpetuum S. 403 ff.) die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae für eine exceptio erklärt hat, so zeigt schon der Name, daß es nicht um einen Fall, sondern um zwei verschiedene Fälle sich handelt. Die Erwähnung und vollends die Voranstellung der res iudicata hätte keinen Sinn, wenn der Begriff der res in iudicium deducta sich auf sie mit erstreckte. Dagegen ist Lenels Annahme der Einheit der exceptio höchst wahrscheinlich in dem Sinne, daß man sie nicht unter Beschränkung auf den einen oder den anderen Fall, sondern als eine auf beide Fälle sich erstreckende in die Formeln einzurücken pflegte (wie dies nach § 4 J. quod cum eo 4, 7 bezüglich der Haftung des pater familias bis zum Betrage des peculium und der in rem versio zutraf), und diese Fälle sind nicht verschiedenartige, sondern zusammengehörige. Wenn in den Pandekten nirgends von einer exceptio rei in iudicium deductae, sondern stets nur von der exceptio rei iudicatae die Rede ist, so

braucht dies nicht auf absichtlicher Tilgung zu beruhen, sondern kann auch darin seinen Grund haben, daß man die Bedeutung der Rechtshängigkeit nicht neben der Bedeutung der rechtskräftigen Entscheidung besonders hervorhob, weil sie um der Bedeutung dieser willen Platz greift und der Schatten ist, den diese als eine zwar noch nicht vollzogene, aber doch schon geforderte voraus wirft.

Daß die Bedeutung der Rechtshängigkeit gleich derjenigen der Rechtskraft nach römischem Rechte theils ipso iure theils per exceptionem Platz griff, begründete keine sachliche Verschiedenheit und es ist ein falscher Schluß aus dem Begriffe der exceptio, daß im Falle dieser es im Belieben der Parteien gestanden hätte auf die Bedeutung der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft zu verzichten (oder kann etwa auf die exceptio senatus consulti Velleiani und Macedoniani verzichtet werden?), während in dem Falle der ipso iure eintretenden Consumtion die Möglichkeit eines Verzichtes auf dieselbe schlechthin ausgeschlossen war. Dagegen hat allerdings die Civilproceßordnung § 235 Z. 1 bestimmt:

„wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben."

Es ist dadurch nicht nur dem Richter verwehrt die Rechtshängigkeit von Amtswegen zu berücksichtigen, sondern auch die Gefahr widersprechender in derselben Sache zwischen denselben Parteien ergehender Entscheidungen gegeben. Mit der Bedeutung der durch die Proceßerhebung geforderten rechtskräftigen Entscheidung verträgt sich die Zulassung eines anderen Processes derselben Parteien in derselben Sache nur, wenn seine Erhebung und die Einlassung auf denselben behandelt wird als ein den ersten Proceß beendigender und damit die Rechtshängigkeit der Sache beseitigender Verzicht auf seine Entscheidung. Neben den Parteien hätte die Civilproceßordnung auch ihre Rechtsnachfolger als Personen nennen müssen, für und gegen welche die Einrede der Rechtshängigkeit Platz greift, da diese Erweiterung ihres Anwendungsgebietes der Regelung des § 236 entspricht.

Vgl. über die Rechtshängigkeit und ihre Bedeutung noch Keller Ueber Litiscontestation und Urtheil 1827. Savigny, Syst. § 256—279.

## 3. Die Beweislast.

D. 22, 3 de probationibus et praesumptionibus. C. 4, 19.

### § 68.

Die rechtskräftige Entscheidung erhebt das durch sie constatirte positive oder negative Rechtsverhältniß zu einem feststehenden. Als eine von bestimmten Personen getroffene constatirt aber die Entscheidung nicht sowohl die wirkliche Existenz des festgestellten

Rechtsverhältnisses als seine Existenz nach der Annahme des Richters, welche vermöge der Rechtskraft der Entscheidung unabhängig von ihrer Richtigkeit maßgebend ist. Indem nun in Wirklichkeit die Existenz eines Rechtsverhältnisses abhängt von dem Inhalte des Rechtes und dem Zutreffen der in Gemäßheit desselben seine Existenz bedingenden Thatsachen, so hängt die richterliche Entscheidung über seine Existenz davon ab, welcher Inhalt nach der Annahme des Richters dem Rechte zukommt und welche Thatsachen nach der Annahme des Richters zutreffen. Die für die Entscheidung maßgebenden Rechtsnormen hat der Richter von Amts wegen zu kennen und anzuwenden (iura novit curia). Dies schließt nicht aus, daß er der durch eine Partei ihm verschafften Nachweisungen sich bedient, um sich die Kenntniß solcher Rechtsnormen zu verschaffen, deren Kenntniß ihm auf anderem Wege nicht zugänglich ist[1]). Die für die Entscheidung maßgebenden Thatsachen existiren dagegen für den Richter nur im Falle ihres ihm erbrachten Beweises, sie wären denn entweder offenkundig[2]) oder durch diejenige Partei, welcher sie nachtheilig sind, zugestanden[3]). Offenkundig oder notorisch ist, was der Richter entweder von Amtswegen oder deshalb weiß, weil es jeder wissen kann. Das Zugeständniß einer Thatsache durch eine Partei ist eine Verfügung dieser, welche nur dann nicht maßgebend ist, wenn sie als eine in der irrthümlichen Annahme der Wahrheit des Zugestandenen erfolgte wegen wesentlichen Irrthums der rechtlichen Geltung entbehrt[4]).

Indem es der Kläger ist, welcher durch die Erhebung der Klage die richterliche Anerkennung des von ihm geltend gemachten Rechtsverhältnisses fordert, so dringt er nur durch, wenn es ihm gelingt, die seine Existenz begründenden Thatsachen zu beweisen. Der Beklagte siegt daher stets, wenn der Kläger der ihm obliegenden Beweislast nicht genügt[5]).

---

[1]) C.-P.-O. § 265.

[2]) C.-P.-O. § 264.

[3]) C.-P.-O. § 261.

[4]) C.-P.-O. § 263. Nach römischem Rechte war die confessio in iudicio überhaupt keine Verfügung, während die confessio in iure die Existenz eines Processes ausschloß und der Verurtheilung des Geständigen bezüglich der gegen ihn zulässigen Execution, aber nicht in Ansehung der Rechtskraft des Urtheiles gleichstand. Demelius, Die confessio im röm. Civilproc. 1880.

[5]) L 21 D. de prob. 22, 3. L. 8, 20 C. eod. 4, 19.

Die Existenz eines Rechtsverhältnisses ist durch bestimmte Thatsachen theils positiv theils negativ bedingt. Die Thatsachen, durch welche seine Existenz positiv bedingt ist, sind die Gründe seiner Entstehung; die Thatsachen, welche seine Existenz ausschließen, sind theils Hindernisse seiner Entstehung theils Gründe seiner Aufhebung. Mit Unrecht spricht man daneben von solchen Thatsachen, welche nur die Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses hemmen; denn diese läßt sich von seiner Existenz nicht unterscheiden; die Thatsachen, welche die Existenz eines Rechtsverhältnisses als Hindernisse seiner Entstehung oder Gründe seiner Aufhebung ausschließen, können dies aber entweder in Ansehung seines vollen Inhaltes oder unter Beschränkung auf ein bestimmtes Stück desselben und entweder dauernd oder nur zeitweilig thun[6]). Gleich der Eigenschaft einer Thatsache, die Existenz eines Rechtsverhältnisses zu begründen, kann die Eigenschaft einer Thatsache, die Existenz eines Rechtsverhältnisses auszuschließen, durch andere Thatsachen ausgeschlossen sein. Sache des Klägers ist nun der Beweis derjenigen Thatsachen, welche die Existenz des von ihm geltendgemachten Rechtsverhältnisses in Ermangelung anderer sie ausschließender Thatsachen begründen, und Sache jeder Partei ist der Beweis derjenigen Thatsachen, welchen zu ihren Gunsten die Bedeutung zukommt, die bestimmten Thatsachen in Ermangelung anderer zukommende Bedeutung auszuschließen. Daher ist Sache des Beklagten der Beweis derjenigen Thatsachen, welche die Existenz des vom Kläger behaupteten Rechtsverhältnisses als Hindernisse seiner Entstehung oder Gründe seiner Aufhebung ausschließen, Sache des Klägers der Beweis derjenigen Thatsachen, welche die Bedeutung anderer ausschließen, die Existenz des von ihm geltend

[6]) Die Unterscheidungen, welche die Römer bezüglich der exceptiones in Ansehung ihrer Dauer (als perpetuae oder temporales) und in Ansehung ihres Umfanges (als rei oder personae cohaerentes und in rem oder in personam gehende) aufstellen, finden ebenso Anwendung bezüglich des ipso iure Platz greifenden Ausschlusses eines Rechtes; insbesondere ist die Annahme eines zwar in seinem vollen Umfange, aber doch nur zeitweilig ausgeschlossenen Rechtes kein Widerspruch und greift ein solcher Ausschluß z. B. ipso iure Platz im Falle des tignum iunctum, welches durch die Auflösung der Verbindung wieder zum Objecte desselben Eigenthums wird, dessen Object es vor ihrer Vollziehung war, obgleich es in der Zwischenzeit überhaupt nicht als Eigenthumsobject existirte.

gemachten Rechtsverhältnisses auszuschließen, und so weiter[7]). Wie es keinen Grund für eine Behauptung gibt, der nicht dadurch als ein nicht zureichender sich erweisen könnte, daß die für sich ihm zukommende Bedeutung durch einen Gegengrund ausgeschlossen wird, so gibt es keine Thatsache, deren Bedeutung, eine bestimmte Rechtsbehauptung zu begründen, nicht durch eine andere Thatsache ausgeschlossen werden könnte, und jeder Beweis dafür, daß ein bestimmtes Rechtsverhältniß besteht oder nicht besteht, wäre unmöglich, wenn er nicht geliefert werden könnte durch den Nachweis derjenigen Thatsachen, aus welchen die Richtigkeit der aufgestellten Rechtsbehauptung in Ermangelung anderer sie ausschließender Thatsachen folgt.

Handelt es sich um die bestimmten Zuständen oder ihrer Abwesenheit zukommende rechtliche Bedeutung, so kann nach Verschiedenheit der Umstände entweder nur ihre Existenz oder nur ihre Abwesenheit oder auch sowohl die eine als die andere des Beweises bedürfen. Ist die Entstehung eines Zustandes bewiesen, so bedarf seine gegenwärtige Existenz keines Beweises, wenn es zu seiner Erhaltung des Eintrittes weiterer Thatsachen nicht bedarf. Der eingetretene Untergang eines Zustandes bedarf keines Beweises, wenn dieser in Ermangelung bestimmter den Zustand erhaltender Thatsachen eingetreten ist. Es gibt aber auch Fälle, in welchen weder das Eine noch das Andere gilt, weil es um einen nothwendig entweder in der Richtung seiner weiteren Entwickelung oder in der Richtung seiner Vernichtung sich ändernden Zustand sich handelt. So ist sowohl die Fortdauer als das Ende des menschlichen Lebens durch bestimmte Thatsachen bedingt und bedarf daher sowohl die Behauptung des noch bestehenden[8]) als die

[7]) Wie unserem Rechte zwar nicht der römische Begriff der exceptio, aber der weitere Begriff der Einrede oder der die Existenz eines Rechtsverhältnisses ausschließenden, weil entweder seine Entstehung hindernden oder seine Aufhebung begründenden Thatsachen angehört, so gehört auch unserem Rechte der römische Begriff der replicatio, der duplicatio u. s. w. in der Bedeutung der eine Einrede ausschließenden Gegeneinrede u. s. w. an. Vgl. Gai. IV § 126—129. L. 2 § 1—3, l. 22 § 1 D. de exc. 44, 1.

[8]) Fitting wendet (Zschr. f. Civilpr. 13 S. 37) dagegen insbesondere ein, daß sich hienach „streng genommen nur das gegenwärtige Leben derjenigen Menschen beweisen ließe, die dem Gerichte persönlich vorgestellt würden." Daß aber die Thatsache des gegenwärtigen Lebens eines Menschen des Beweises bedarf, schließt nicht aus, daß zu diesem Beweise die hohe Wahrscheinlichkeit genügen kann, welche dafür die Thatsache ergibt, daß jener Mensch sich vor

Behauptung des bereits erloschenen Lebens einer Person des Beweises.

Der Beweis einer Thatsache kann entweder unmittelbar oder mittelbar durch den Beweis einer anderen Thatsache geführt werden, aus deren Existenz die Existenz jener folgt. Begründet die Existenz einer bestimmten Thatsache zwar nicht die Gewißheit, aber die Wahrscheinlichkeit der Existenz einer bestimmten anderen Thatsache, so begründet der Beweis jener zwar nicht vollen Beweis, aber doch eine Vermuthung für die Existenz dieser. Da aber die historische Gewißheit nie eine apodiktische ist, so gehen die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und der Gewißheit und damit der Vermuthung und des Beweises in einander über, und es ist im concreten Falle eine Sache der freien richterlichen Würdigung, ob die Wahrscheinlichkeit einer Thatsache in einem Grade vorliegt, der es rechtfertigt, sie als gewiß zu behandeln oder die immerhin nicht schlechthin ausgeschlossene Möglichkeit des Gegentheiles zu ignoriren. Begründet daher die Existenz einer bestimmten Thatsache in solchem Grade die Wahrscheinlichkeit einer anderen, so begründet der Beweis jener anstatt einer bloßen Vermuthung für die Existenz dieser den Beweis derselben. Es gibt aber auch Fälle, wo eine Vermuthung, ohne eine dermaßen dringende zu sein, die Stelle des Beweises vertritt, weil entweder die Thatsache, um die es sich handelt, eines vollen Beweises nicht fähig ist oder das Recht anstatt ihres Beweises mit dem Beweise einer anderen die Wahrscheinlichkeit ihrer Existenz begründenden Thatsache sich begnügt[9]).

Des vollen Beweises unfähig sind solche Thatsachen, welche der unmittelbaren Wahrnehmung sich entziehen und deren Existenz auch nicht durch die Existenz bestimmter wahrnehmbarer Thatsachen nothwendig gegeben ist. Solche Thatsachen setzen wir den äußeren entgegen als innere. Rechtliche Bedeutung kommt ihnen nicht für sich, sondern in Verbindung mit bestimmten äußeren Thatsachen zu, und bewiesen können sie nur werden durch den Beweis dieser

---

kurzer Zeit noch eines ungefährdeten Lebens erfreute; hat er dagegen zwar vor Kurzem noch gelebt, aber als ein todkranker oder sonst in Lebensgefahr schwebender, so bedarf nothwendig die Thatsache, daß er noch lebt, des besonderen Beweises.

[9]) Ueber die Bedeutung der Vermuthungen Burckhard, Die civilistischen Präsumtionen 1866, Bierling, Rechtsvermuthungen in Holtzendorff's Rechtslex. 3. Aufl. III. S. 301 ff., Jhering, Der Besitzwille S. 149 ff.

äußeren Thatsachen als solcher, mit deren Existenz die ihrige zwar keineswegs nothwendig, wohl aber normaler Weise verbunden ist, so daß im Falle der Existenz jener ihre eigene Existenz vermuthet wird, es wäre denn diese Vermuthung durch besondere den Verdacht des Gegentheils begründende Umstände ausgeschlossen. So erfolgt die Vollziehung einer zur Erklärung eines bestimmten Willens geeigneten Handlung in Ermangelung besonderer eine Scheinerklärung veranlassender Umstände nicht ohne die Absicht seiner wirklichen Erklärung. So eigne ich einen bestimmten Inhalt in Ermangelung besonderer den irrthümlichen Glauben an meine Kenntniß desselben entschuldigender Umstände mir nicht an, ohne daß mir entweder die Kenntniß desselben zukäme oder meine Unkenntniß desselben bewußt wäre oder bewußt sein müßte. So ist es im Falle meines Ankaufes einer dem Verkäufer nicht gehörenden Sache das Normale, daß ich im Falle meiner Kenntniß des fremden Eigenthums nicht gekauft hätte, daß also mein Erwerb ohne diese Kenntniß erfolgte. Die inneren des directen Beweises nicht fähigen Thatsachen sind mit den negativen des Beweises nicht bedürftigen Thatsachen nicht zu verwechseln. Während es zum Ausschlusse der Annahme dieser des Beweises des Gegentheiles bedarf, so ist gleich der Existenz jener inneren Thatsachen auch die Existenz ihres Gegentheiles eines directen Beweises nicht fähig, und die Vermuthung ihrer Existenz, welche die normaler Weise von ihnen begleiteten äußeren Thatsachen begründen, wird nicht nur durch solche Thatsachen, die ihre Existenz ausschließen, sondern schon durch solche äußere Thatsachen ausgeschlossen, die den Verdacht des Gegentheiles begründen. Ist eine Erklärung erwiesenermaßen unter Umständen erfolgt, die, ohne die Möglichkeit des Gegentheiles auszuschließen, doch die Annahme eines Scherzes nahelegen, so ist die Existenz einer wirklichen Willenserklärung nicht anzunehmen. Die Existenz eines Irrthums bedarf zwar stets des Beweises; dieser kann aber nur geführt werden durch den aus den äußeren Umständen des Falles geführten Beweis der Erklärlichkeit und Entschuldbarkeit des behaupteten Irrthums, dessen wirkliche Existenz sich der Feststellung entzieht. Die Redlichkeit eines vollzogenen Erwerbes bedarf zwar keines eigenen Beweises; ist er aber erwiesenermaßen unter Umständen vollzogen, die den Verdacht der Unredlichkeit begründen, so bedarf

die Behauptung der trotzdem vorliegenden Redlichkeit des Beweises durch andere das Gewicht jener Umstände aufhebende Momente[10]).

Von den in Ansehung der inneren Thatsachen vermöge der Unmöglichkeit ihrer directen Feststellung den Beweis vertretenden und durch den Verdacht des Gegentheiles ausgeschlossenen Vermuthungen sind zu unterscheiden die durch positive Bestimmung des Rechtes statuirten Rechtsvermuthungen (sog. praesumtiones iuris). Sie haben ihren Grund nicht in der Unmöglichkeit, aber in der Schwierigkeit directer Feststellung gewisser Thatsachen, welche das Recht bestimmt, ihren Beweis dadurch zu erleichtern, daß es als Beweis derselben den Beweis bestimmter anderer die Wahrscheinlichkeit ihrer Existenz begründender Thatsachen gelten läßt. Indem der Existenz einer bestimmten Thatsache durch das Recht die Bedeutung beigelegt ist, anstatt einer bloßen Vermuthung für die Existenz einer bestimmten anderen Thatsache den vollen Beweis ihrer Existenz zu begründen, so wird die Rechtsvermuthung nur ausgeschlossen durch den Beweis solcher Thatsachen, welche die Existenz der an sich wegen der Existenz einer anderen anzunehmenden Thatsache ausschließen. Den einfachen praesumtiones iuris pflegt man die sog. praesumtiones iuris et de iure oder unwiderlegbaren Rechtsvermuthungen entgegenzusetzen; im Falle einer solchen steht aber nicht nur der Beweis einer Thatsache demjenigen einer anderen, sondern jene selbst dieser gleich, so daß ihre Statuirung nicht eine Bestimmung des Beweisrechtes, sondern eine Ausdehnung der einer bestimmten Thatsache zukommenden rechtlichen Bedeutung auf eine bestimmte andere Thatsache ist.

Die Behauptung einer Thatsache, deren Existenz trotz der Existenz der die Klage begründenden Thatsachen ihre Abweisung begründet, pflegt man als Einrede zu bezeichnen. Eine der Behauptung und des Beweises durch den Beklagten bedürftige ist aber diese nur, wenn die Existenz jener Thatsache nicht schon aus der Existenz der vom Kläger behaupteten Thatsachen folgt. Wenn z. B. von einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages (der sog. exceptio non adimpleti contractus) die Rede ist, so schließt die Geltendmachung eines gegenseitigen Vertrages die Anerkennung einer eigenen Verpflichtung in sich, welche die Geltendmachung der fremden nicht ohne die Bereitschaft zu ihrer Erfüllung zuläßt.

[10]) Vgl. Savigny, Obl.-R. II. S. 148 ff.

**Anmerkung 1.** Bezüglich der Beweislast statuiren die Quellen die zwei Grundsätze, daß semper necessitas probandi incumbit illi qui agit (l. 21 D. h. t.) und daß ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (l. 2 D. h. t.), was l. 23 C. h. t. noch bestimmter so faßt, daß per rerum naturam factum negantis probatio nulla. Die Existenz des vom Kläger geltend gemachten Rechtsverhältnisses ist aber bedingt theils durch positive theils durch negative Thatsachen. Gleich der Existenz einer Rechtsnorm ist die Existenz eines Rechtsverhältnisses nicht mit Händen zu greifen, sondern nur daran zu erkennen, daß solche Thatsachen eingetreten sind, durch die es entstanden ist, und solche Thatsachen, die es wieder aufgehoben hätten, nicht eingetreten sind. Für die gegenwärtige Existenz eines Rechtsverhältnisses ist es ebenso wesentlich, daß es nicht wieder erloschen als daß es einmal entstanden ist; es bedarf aber deshalb nur des Beweises seiner Entstehung, weil diese durch positive Thatsachen, sein Fortbestehen dagegen nur durch das Unterbleiben bestimmter Thatsachen bedingt ist. Das Gegentheil gilt, sobald die gegenwärtige Existenz des Rechtsverhältnisses durch bestimmte in die Zeit nach seiner Entstehung fallende Thatsachen bedingt ist. Indem eine Klage in Ermangelung bestimmter die Verjährung ausschließender Umstände mit dem Ablaufe einer bestimmten Zeit erlischt, so bedarf es im Falle ihrer um mehr als die Verjährungszeit zurückliegenden Entstehung des Nachweises der ihre Erhaltung begründenden Thatsachen. Daß in der Regel die Existenz eines Rechtes bewiesen ist durch den Beweis seiner Entstehung, beruht also auf dem Grundsatze, daß es zum Beweise seiner Existenz nur derjenigen Thatsachen bedarf, durch welche seine Existenz positiv bedingt ist; gleich diesen existiren für den Richter diejenigen positiven Thatsachen, welche die Existenz des behaupteten Rechtsverhältnisses ausschließen, nur als bewiesene. Anstatt der neuerdings durch Fitting, Zsch. f. Civilproc. 13 I. wieder zu Ehren gebrachten Unterscheidung der positiven und der negativen Existenzbedingungen des behaupteten Rechtsverhältnisses pflegt man seit Bethmann-Hollweg, Versuche über Civilproc. 1827 davon auszugehen, daß grundsätzlich die Behauptung eines Rechtsverhältnisses zu ihrer Begründung des Beweises aller für seine Existenz maßgebenden, sei es positiven oder negativen Thatsachen bedürfe, daß aber wegen der Unerschwinglichkeit dieses Beweises der Beweis derjenigen Thatsachen genüge, durch welche das behauptete Rechtsverhältniß „in die Sinnenwelt hervortritt" oder welche nicht eine bloße condicio sine qua non, sondern die causa efficiens seiner Existenz seien (Wetzell, Civilproc. § 15). Diese Unterscheidung ist aber schon deshalb unrichtig, weil sie zwischen den Thatsachen und ihren Rechtsfolgen das reale Causalitätsverhältniß von Ursache und Wirkung statuirt (S. 173). In Ansehung der Thatsachen selbst ist allerdings zwischen äußeren der sinnlichen Wahrnehmung zugänglichen und inneren ihr nicht zugänglichen zu unterscheiden. Während aber die negativen Thatsachen des Beweises nicht bedürfen, so sind die inneren Thatsachen des directen Beweises nicht fähig. Daß den obersten Grundsatz nicht sowohl die Beweislast des

Klägers als die Nothwendigkeit des Beweises der positiven Thatsachen bildet, durch die eine Rechtsfolge bedingt ist, zeigt die negative Feststellungsklage, bei welcher der Kläger zwar die Thatsachen beweisen muß, auf denen sein Interesse an der geforderten Feststellung beruht, aber die negativen Thatsachen, welche die Existenz des von ihm verneinten Rechtsverhältnisses ausschließen, nicht kann beweisen müssen, da er sonst nur durch den Nachweis durchzudringen vermöchte, daß von allen denkbaren Entstehungsgründen des fraglichen Rechtsverhältnisses keiner zutreffe.

Von Vermuthungen spricht man in der Lehre vom Beweise in verschiedenem Sinne. Die vielfach (vgl. z. B. Bekker, Pand. § 31 Beil. I) aufgestellte Vermuthung der Fortdauer eines in Ansehung seiner Entstehung bewiesenen sei es rechtlichen oder thatsächlichen Zustandes bedeutet, soweit sie wirklich zutrifft, nichts anderes als daß negative Thatsachen des Beweises nicht bedürfen, daß also der Beweis der Entstehung eines Zustandes dann ein Beweis seiner Existenz ist, wenn seine Fortdauer nicht durch positive Thatsachen bedingt ist. Bezeichnet man dagegen die inneren Thatsachen des Willens und Bewußtseins als solche, welche auf Grund bestimmter äußerer Thatsachen vermuthet werden, so meint man damit eine Wahrscheinlichkeit, welche wegen der Natur der fraglichen Thatsachen der Gewißheit gleichsteht, aber ausgeschlossen ist, sobald jenen äußeren Thatsachen andere gegenüberstehen, die einen erheblichen Zweifel an der Existenz der fraglichen inneren Thatsache begründen. Das Vermuthete ist in der ersten Anwendung lediglich etwas, das keines Beweises bedarf, in der zweiten etwas in Ermangelung erheblicher Zweifelsgründe bewiesenes, und wie hier, so kann auch im Gebiete äußerer Thatsachen die Wahrscheinlichkeit, die als solche eine bloße für sich nicht beweisende Vermuthung begründet, einen Grad erreichen, vermöge dessen der Richter die Möglichkeit des Gegentheils ignorirt; dagegen ist die Rechtsvermuthung, deren Begriff allein ein bestimmter Rechtsbegriff ist, eine solche, welche nicht schon durch erhebliche Gründe des Zweifels an ihrer Richtigkeit, sondern erst durch den Beweis des Gegentheils ausgeschlossen wird. Mit Unrecht hat man daher (Unger Syst. d. östr. P. R. II. S. 582) bestritten, daß die Statuirung einer Rechtsvermuthung eine Aenderung bezüglich der Beweislast begründe; sie macht die Thatsache, für welche die Vermuthung spricht, zwar nicht unbedingt, aber für den Fall der Existenz einer bestimmten anderen Thatsache zu einer des Beweises nicht bedürftigen. Daß anstatt eines bedingten Erlasses eine bloße Erleichterung ihres Beweises als eines solchen vorliege, welcher durch den Beweis jener anderen Thatsache geführt werden kann, läßt sich deshalb nicht sagen, weil die Existenz dieser Thatsache des Beweises der anderen ohne Rücksicht darauf überhebt, ob im gegebenen Falle die Existenz der einen die Wahrscheinlichkeit der anderen begründet, wenn nur nicht ihr Gegentheil bewiesen ist. Ersetzt aber die eine Thatsache die andere selbst dann, wenn die gegentheilige Thatsache bewiesen ist, so ist der angeblich entscheidenden Thatsache eine andere

schlechthin gleichgestellt. Der Streit darüber, ob die sog. praesumtio iuris et de iure eine Fiction sei oder von einer solchen sich unterscheide, ist gegenstandslos; denn es begründet für die Gleichstellung verschiedener Thatsachen bezüglich ihrer rechtlichen Bedeutung keinen Unterschied, ob sie in der Form der Präsumtion d. i. durch die Bestimmung, im Falle der Existenz einer bestimmten Thatsache solle eine andere als existent angesehen werden, in der Form der Fiction d. i. durch die Bestimmung, die eine Thatsache solle angesehen werden als wäre sie die andere, oder in anderer Form statuirt ist.

**Anmerkung 2.** B. G.-Entw. § 193 verlangt von dem einen Anspruch Geltendmachenden den Beweis der zu seiner Begründung erforderlichen Thatsachen, was verstanden werden kann im doppelten Sinne der zur Annahme seiner Entstehung und der zur Annahme seiner Existenz berechtigenden Thatsachen. Gemeint sind jene; denn es sind ihnen die zur Begründung seiner Aufhebung erforderlichen Thatsachen gegenübergestellt, denen freilich correcter Weise nicht die zu seiner Begründung, sondern die zur Begründung seiner Entstehung erforderlichen Thatsachen hätten entgegengesetzt werden müssen. Als eine dritte Art des Beweises bedürftiger Thatsachen sind diejenigen genannt, welche die Wirksamkeit eines Anspruches hemmen. Die Hemmung der Wirksamkeit eines Anspruches ist aber eine Einschränkung seiner Existenz, welche nichts anderes ist als ein wenn auch nur partieller oder zeitweiliger Ausschluß derselben. Anstatt des Ausschlusses der Beweislast bezüglich negativer Thatsachen statuirt der Entwurf in § 194 die Beweislast desjenigen, welcher „die rechtliche Wirkung eines Thatbestandes wegen besonderer die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Thatsachen verneint.“ Wenn aber z. B. die Furtivität, welche die Ersitzung ausschließt, unstreitig des Beweises bedarf, so läßt sich nicht behaupten, daß diese Thatsache die „regelmäßige Wirksamkeit“ des Erwerbes einer dem Veräußerer nicht gehörenden Sache ausschließe; die Furtivität einer von einem Unberechtigten veräußerten Sache ist so wenig eine Ausnahme von der Regel, daß Gai. II 50 vielmehr annimmt, es komme wegen derselben nicht leicht zur Usucapion einer beweglichen Sache. Geradezu komisch berührt es sodann, wenn in § 194 Abs. 2 „der Mangel der Geschäftsfähigkeit“ als eine solche die regelmäßige Wirksamkeit ausschließende Thatsache genannt wird, während doch die Handlungsfähigkeit die erste Bedingung jeder Handlung ist. Soweit die Handlungsfähigkeit von der geistigen Gesundheit abhängt, bedarf zwar diese als eine normaler Weise vorhandene keines besonderen Beweises; begründet aber der Inhalt der Handlung oder irgend ein anderer Umstand einen erheblichen Zweifel an ihrer Existenz, so darf die Gültigkeit der Handlung nicht deshalb angenommen werden, weil die Handlungsunfähigkeit nicht wirklich bewiesen ist. Steht die Existenz des zur Gültigkeit einer Handlung erforderlichen Alters in Frage, so ist ihre Gültigkeit nicht deshalb im Zweifel anzu-

nehmen, weil, wie Fitting S. 49 meint, dieses Alter das Normale ist; sonst bedürfte es seines Beweises auch nicht z. B. zur Geltendmachung eines für den Fall der erreichten Volljährigkeit zugewendeten Erwerbes. Die Nothwendigkeit des Beweises der Minderjährigkeit ist in l. 9 C. h t. 4, 19 für den Fall einer auf diese sich gründenden Klage, aber damit nicht auch für den umgekehrten Fall ausgesprochen. Die Frage nach dem Alter einer Person ist identisch mit der Frage nach der Zeit ihrer Geburt, und die Zeit des Eintrittes einer bestimmten Thatsache bedarf des Beweises durch denjenigen, der ein durch eine bestimmte Zeit ihres Eintrittes bedingtes Verhältniß behauptet. § 196 statuirt die Nothwendigkeit des Beweises, daß ein Rechtsgeschäft in der behaupteten Weise zu Stande gekommen sei, für den Fall daß „der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangstermines oder Endtermines errichtet worden sei." Doch ist hier zu unterscheiden, ob der Gegner die vom anderen Theile behaupteten positiven Thatsachen zugesteht und nur außerdem noch andere Thatsachen behauptet oder ob er bestreitet, daß jene Thatsachen in der vom Gegner behaupteten Bestimmtheit existiren. Nur durch diese Unterscheidung ist insbesondere die viel bestrittene Frage nach der Beweislast bezüglich der Bedingung zu lösen. Wenn von der einen Seite mit Recht betont wird, daß die Vollziehung eines bedingten Rechtsactes eine andere Handlung ist als die unbedingte Vollziehung eines Rechtsactes desselben Inhaltes, daß also diese verneint wer jene behauptet (Windscheid § 86 Anm. 4 und die dort citirten), so wird von anderen (so wieder von Fitting S. 56 neben anderen unhaltbaren Gründen) hervorgehoben, „daß die nicht festgestellte Beifügung einer Bedingung für den Richter nicht vorhanden ist." Allerdings ist nun im Falle einer vom Gegner behaupteten Bedingung die vom anderen behauptete Handlung verneint; trotzdem bedarf jedoch die Behauptung der Bedingung (ebenso z. B. der Stellvertretung) des Beweises dann aber auch nur dann, wenn aus den vom anderen Theile angeführten und bewiesenen oder vom Gegner zugestandenen Thatsachen die Richtigkeit seiner Behauptung in Ermangelung anderer sie ausschließender Thatsachen folgt. Gesteht der Gegner die Vollziehung bestimmter vom anderen behaupteter Worte zu, die für sich einen unbedingten oder einen in eigenem Namen vollzogenen Rechtsact ergeben, so bedarf die Behauptung des Beweises, daß jenen Worten noch andere eine Bedingung oder Stellvertretung statuirende beigefügt worden seien. Dasselbe gilt vom Falle einer behaupteten Resolutivbedingung und Zeitbestimmung, für welchen nicht, wie vielfach behauptet wird, der Umstand eine andere Behandlung begründet, daß der sie Behauptende die Existenz eines durch die Vollziehung der betreffenden Willensäußerung zu Stande gekommenen Rechtsactes zugibt; denn er gibt dadurch nicht die vom anderen Theile behauptete Bestimmtheit desselben zu.

## 4. Die Rechtskraft des Urtheils.

D. de exceptione rei iudicatae 44, 2.

### § 69.

Von privatrechtlicher Bedeutung ist das richterliche Urtheil durch seine Rechtskraft, vermöge welcher, soweit sie reicht, das durch das Urtheil anerkannte Rechtsverhältniß nicht mehr bestritten und das durch das Urtheil aberkannte Rechtsverhältniß nicht mehr geltend gemacht werden kann[1]). Indem die Rechtskraft in der Regel auf das gegenseitige Verhältniß der Parteien und ihrer Rechtsnachfolger sich beschränkt, so bestimmt sich ihr Umfang theils durch die subjective Identität der Personen, zwischen welchen die Feststellung erfolgte, theils durch die objective Identität des zwischen ihnen festgestellten Rechtsverhältnisses. Object rechtskräftiger Feststellung sind nur Rechtsverhältnisse und nicht die sie begründenden Thatsachen, und nur die durch den Willen des Klägers zu Objecten derselben erhobenen Rechtsverhältnisse. Ein nothwendiges Object rechtskräftiger Feststellung durch seine Anerkennung oder Verneinung ist das vom Kläger geltendgemachte Rechtsverhältniß; soweit daher das Urtheil es nicht anerkennt, ist es durch dieses rechtskräftig verneint. Ein mögliches Object rechtskräftiger Feststellung durch Verneinung seiner Existenz ist jedes mit jenem Rechtsverhältnisse nicht vereinbare und außerdem jedes Rechtsverhältniß, auf welches der Beklagte sich als ein solches berufen hat, das trotz der Existenz des vom Kläger geltend gemachten Rechtsverhältnisses die Abweisung der Klage begründet. Die rechtskräftige Feststellung des vom Kläger geltendgemachten Rechtsverhältnisses als eines bestehenden ist eine rechtskräftige Verneinung jedes durch seine Behauptung verneinten Rechtsverhältnisses, und die Feststellung seiner Beschränkung durch ein bestimmtes vom Beklagten behauptetes Rechtsverhältniß als einer nicht bestehenden ist eine Verneinung dieses Rechtsverhältnisses. Dagegen ist durch die Abweisung der Klage weder die Existenz eines mit dem

---

[1]) Die Vollstreckbarkeit des Urtheils, welche neben seiner Rechtskraft als eine Privatrechtsfolge desselben angesehen zu werden pflegt, ist eine solche nicht, und die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung fällt mit ihrer Existenz als einer rechtskräftig festgestellten nicht zusammen, wie das Beispiel der römischen confessio in iure zeigt, welche (S. 376 Note 4) zwar in der ersten, aber nicht in der zweiten Richtung der Verurtheilung gleichstand.

rechtskräftig verneinten Rechte unvereinbaren noch die Existenz eines das Recht des Klägers beschränkenden Rechtes des Beklagten rechtskräftig festgestellt, wenngleich die Abweisung der Klage als eine durch die Existenz eines solchen Rechtes begründete erfolgte, da dieselbe nicht als solche, sondern nur als eine die Abweisung der Klage begründende geltendgemacht war und daher auch nur diese Folge derselben ein Object der rechtskräftigen Feststellung bildete[2]). Der Beklagte kann aber das gegenüber der Klage von ihm behauptete Recht zum Objecte rechtskräftiger Feststellung erheben durch Erhebung einer Widerklage, da das für eine Feststellungsklage erforderliche rechtliche Interesse durch die fremde sein Recht verneinende Klage gegeben ist[3]). Keine Ausnahme davon, daß das vom Beklagten geltendgemachte eigene Recht ohne eine von ihm erhobene Widerklage zwar ein mögliches Object rechtskräftiger Verneinung, aber nicht ein mögliches Object rechtskräftiger Constatirung ist, begründet die Abweisung der vom Kläger erhobenen Forderung wegen einer vom Beklagten zur Compensation verwendeten Gegenforderung, welche nicht eine Feststellung dieser als einer bestehenden, sondern eine Feststellung der erhobenen Forderung als einer durch ihre Compensation mit der Gegenforderung erloschenen ist.

Während die dingliche Klage eine Forderung des Klägers gegen den Beklagten nicht für sich, sondern nur in Verbindung mit dem sie begründenden Rechtsverhältnisse geltend zu machen vermag, so ist im übrigen die Geltendmachung eines bestimmten

---

[2]) Daß die Abweisung der Klage keine rechtskräftige Feststellung desjenigen Rechtes des Beklagten ist, dessen Annahme den Grund derselben bildete, ergibt sich für das römische Recht schon dadurch, daß das richterliche Urtheil der Entscheidungsgründe nicht bedurfte, daß also auch von diesen der Umfang der Rechtskraft nicht abhängen konnte. Für den umgekehrten Fall der richterlichen Verneinung eines das Recht des Klägers beschränkenden Rechtes des Beklagten ergibt schon die Fassung der formula das Gegentheil. War auf Grund der negatoria in rem actio rechtskräftig festgestellt, daß dem Beklagten eine bestimmte Behandlung der Sache des Klägers nicht zusteht, so hätte unzweifelhaft die Geltendmachung des Gegentheils durch Anstellung der confessoria dieselbe Sache zum Objecte abermaliger Entscheidung gemacht. War auf Grund der Publiciana in rem actio zu Gunsten des Klägers entschieden, so war dadurch das Eigenthum des Beklagten dann, aber auch nur dann rechtskräftig verneint, wenn es durch die exceptio iusti dominii zum Objecte der Entscheidung erhoben war.

[3]) C.-P.-O. § 253.

Rechtsverhältnisses nicht zugleich eine Geltendmachung des seine Existenz begründenden Rechtsverhältnisses. Ist ein Rechtsverhältniß die Consequenz eines anderen, so kann der Richter die Frage seiner Existenz nicht entscheiden, ohne über die Existenz des anderen sich eine bestimmte Ansicht zu bilden; ist es durch ein anderes bedingt, so kann er es nicht als bestehend anerkennen, ohne das andere als bestehend anzunehmen; als ein nicht selbst geltendgemachtes ist aber dasjenige Rechtsverhältniß, von dessen Existenz die Existenz des geltendgemachten Rechtsverhältnisses abhängt, kein Object rechtskräftiger Feststellung. Dagegen erhebt die Geltendmachung eines Rechtsverhältnisses seinen ganzen Inhalt und damit seine sämmtlichen Consequenzen zum Objecte rechtskräftiger Feststellung, es wäre denn seine Geltendmachung als eine auf einen bestimmten Theil seines Inhaltes sich beschränkende erfolgt. Die rechtskräftige Anerkennung der vom Kläger gegen den Beklagten erhobenen Forderung, welche zu einem höheren als dem vom Kläger geltendgemachten Betrage derselben nicht erfolgen kann, ist daher in Ermangelung eines besonderen Vorbehaltes des Klägers zugleich eine rechtskräftige Feststellung derselben als einer jenen Betrag nicht übersteigenden, so daß Erweiterungen derselben, die der Kläger geltend zu machen unterlassen hat, nicht durch eine neue Klage geltend gemacht werden können[4]).

[4]) Man ist vielfach der Ansicht, daß solche Erweiterungen nach römischem Rechte nur deshalb nicht ein mögliches Object einer neuen Klage gebildet haben, weil sie überhaupt nicht ein mögliches Object einer eigenen Klage gewesen seien, so daß ihre Nachforderung eine unzuläßige Erneuerung der erhobenen Klage gebildet hätte. Schon nach älterem römischem Rechte ließ sich aber die Geltendmachung einer Forderung theilen, so daß zunächst nur ein bestimmter Theil ihres Betrages geltend gemacht und die spätere Geltendmachung ihres übrigen Betrages vorbehalten wurde. Die Nothwendigkeit, zum Zwecke dieser Theilung eine der übrigen formula vorausgeschickte praescriptio zu erwirken, war durch die Fassung der formula bedingt. Dagegen gehört noch dem justinianischen und heutigen Rechte der Satz an, daß in Ermangelung eines besonderen Vorbehaltes der Kläger den ganzen Umfang des von ihm behaupteten Rechtsverhältnisses zum Objecte rechtskräftiger Feststellung erhebt und dadurch die spätere Geltendmachung eines größeren als des zuerst behaupteten Umfanges desselben ausschließt (L. 4 C. de iud. 3, 1. L. 4 C. dep. 4, 34). Sonst wäre der Beklagte im Falle der zu Gunsten des Klägers ergangenen Entscheidung nie vor einer Nachforderung sicher, welche nicht nur sog. Accessionen, sondern auch ein größeres Maß der primär geschuldeten Leistung geltend machen könnte, so daß z. B. im Falle eines vom Kläger geforderten und ihm zuerkannten Kaufpreises von bestimmtem Betrage durch eine zweite Klage ein angeblich

Die Identität des Rechtsverhältnisses ist ausgeschlossen

1) sobald ein Rechtsverhältniß anderer Art in Frage steht. Daher schließt die Verneinung des Besitzes die Existenz des Eigenthums, die Verneinung des Eigenthums die Existenz eines Rechtes an fremder Sache, die Verneinung eines dinglichen Rechtes die Existenz eines Forderungsrechtes nie aus.

2) Die Identität eines dinglichen Rechtes ist bedingt durch die Identität seines Objectes. Ist diese eine theilweise, so ist die Entscheidung über das Ganze zugleich eine Entscheidung über jeden Theil und jedes Stück des Ganzen[5]); dagegen ist die Entscheidung über einen bestimmten Theil keine Entscheidung über die übrigen Theile desselben Ganzen[6]).

3) Die Identität einer Forderung ist bedingt durch die Identität des Verpflichtungsgrundes; dagegen ist die Geltendmachung eines in der Begründung einer Forderung nicht aufgehenden Rechtsverhältnisses eine Geltendmachung jedes möglichen Entstehungsgrundes desselben, sie wäre denn ausdrücklich auf die Geltendmachung eines bestimmten Entstehungsgrundes beschränkt[7]).

Gleichgültig ist eine die Identität des geltendgemachten Rechtsverhältnisses nicht berührende Verschiedenheit der kraft desselben vom Beklagten geforderten Leistung.

---

höherer Betrag desselben geltend gemacht werden könnte. Etwas anderes ist es natürlich, wenn neben einander zwei Forderungen von eigenem Entstehungsgrunde existiren, so daß die zweite nicht in der ersten enthalten oder eine bloße Erweiterung derselben ist, wenngleich sie durch ihre Existenz bedingt sein mag

[5]) L. 7 pr. D. h. t.

[6]) Mit Unrecht wird für das Gegentheil l. 7 § 4 und 5 D. h. t. angeführt, welche von der Erbschaftsklage als einer durch die Singularklage bezüglich des betreffenden Objectes ausgeschlossenen spricht. Zwar ist im Gegensatze zur Entscheidung über ein bestimmtes Stück die Entscheidung über eine Quote als aberkennende nicht möglich ohne die Annahme, daß das bezüglich derselben geltend gemachte Recht bezüglich keiner Quote des Ganzen besteht, was aber nicht ausschließt, daß ich durch die Beschränkung seiner Geltendmachung auf einen bestimmten Theil es nur bezüglich dieses Theiles zu einem möglichen Objecte rechtskräftiger Feststellung erhebe. Fordere ich dagegen einen bestimmten Betrag, ohne ihn als einen bloßen Theil des vermöge des fraglichen Rechtsverhältnisses mir geschuldeten zu bezeichnen, so ist die Nachforderung eines mir geschuldeten Mehrbetrages unabhängig vom Inhalte der Entscheidung aus dem in Note 4 erörterten Grunde ausgeschlossen.

[7]) Mit Unrecht versteht Puchta (Kl. Schr. IX) in l. 14 § 2 D. h. t. die Worte non expressa causa so als wäre die Möglichkeit ausgeschlossen expressa causa zu klagen und in l. 11 § 2 D. h. t. die Worte causa adiecta vom Falle eines späteren Erwerbsgrundes, vom welchem erst § 4 spricht.

Die Beschränkung der Rechtskraft auf das gegenseitige Verhältniß der Parteien, ihrer Erben und Rechtsnachfolger [8]) erleidet eine Ausnahme

1) dadurch, daß der von einem Miteigenthümer erwirkten Entscheidung über eine dem gemeinsamen Grundstücke zustehende oder an ihm bestehende Servitut Rechtskraft zu Gunsten sämmtlicher Miteigenthümer zukommt [9]).

2) Für und gegen jeden Dritten kommt Rechtskraft zu der im Processe des Kindes und des Vaters ergangenen Entscheidung über die Vaterschaft [10]) sowie der im Processe der Testaments- und Intestaterben ergangenen Entscheidung über die Rechtsgültigkeit eines Testamentes [11]).

**Anmerkung 1.** Bezüglich der exceptio rei iudicatae streitet man seit Keller, Litiscontestation und Urtheil 199 ff. darüber, ob sie die processualische Consumtion oder die Rechtskraft des Urtheiles geltend mache. Nach Keller und Savigny, Syst. § 280 ff. hatte sie ursprünglich die erste durch Gai III. 180 f. IV. 106 ff. bezeugte Function, während die zweite später dazukam und im justinianischen Rechte allein übrig blieb. Die Quellen wissen aber von einer doppelten Function derselben nichts, wie auch ihre Formulirung stets dieselbe war (s. über diese Eisele, Abh. zum r. Civilpr. 113 ff.), und in Wirklichkeit fallen jene beiden Functionen zusammen, da die processualische Consumtion eben darin besteht, daß das zum Objecte des Processes erhobene Rechtsverhältniß ein solches ist, dessen Existenz von der Entscheidung dieses Processes abhängt und daher nicht mehr zum Objecte einer anderen Entscheidung gemacht werden kann. Daß die Bedeutung der exceptio rei iudicatae in der Geltendmachung der processualischen Consumtion nicht aufgehe, hat man insbesondere deshalb angenommen, weil ihr Umfang über den Umfang dieser dadurch hinausgehe, daß er nicht nur die Erhebung des durch die Klage geltend gemachten Rechtsverhältnisses, sondern auch die Erhebung anderer durch die Entscheidung verneinter Rechtsverhältnisse zum Objecte abermaliger Entscheidung ausschließt. Es ist aber nicht richtig, daß der Umfang der exceptio rei iudicatae über den Umfang der exceptio rei in iudicium deductae hinausginge. Schloß doch auch diese nicht nur die Erneuerung der angestellten Klage, sondern jede neue Klage in derselben Sache aus. Umgekehrt greift der

---

[8]) L. 7 § 4, l. 9 § 2, l. 11 § 3, l. 28 D. h. t. L. 2 C. quib. res iud. 7, 56. Für den Auctor ist die Proceßführung des Rechtsnachfolgers im Falle seiner Zustimmung maßgebend. L. 63 D. de re iud. 42, 1.

[9]) L. 4 § 3 D. si serv. 8, 5.

[10]) L. 1 § 16, l. 2, 3 pr. D. de agn. 25, 3. L. 1 § 4 D. de lib. exh. 43, 30.

[11]) L. 15 § 2 D. de inoff. 5, 2. L. 50 § 1 in fin. D. de leg. I (30).

durch die Rechtskraft der Entscheidung gegebene Ausschluß einer neuen Klage nicht immer in demselben Umfange Platz wie der durch die Rechtshängigkeit gegebene, weil nicht immer alle zu einem möglichen Objecte rechtskräftiger Feststellung erhobenen Rechtsverhältnisse zum wirklichen Objecte derselben werden, so daß durch das Urtheil nie eine Ausdehnung, wohl aber eine Einschränkung des durch die Rechtshängigkeit begründeten Ausschlusses anderer Klagen eintreten kann.

Mit Unrecht betrachtet man die Rechtskraft als eine durch den Willen der Parteien bedingte, die durch ihren Verzicht wieder ausgeschlossen werden kann (vgl. S. 375). Die Motive des B. G.=Entw., welcher in § 191 diese Beschränkung statuirt, berufen sich (1. S. 373) nicht nur auf den Vorgang der Civilproceßordnung bezüglich der Einrede der Rechtshängigkeit, sondern auch auf „das bestehende Recht." Dem römischen Rechte ist aber diese Annahme jedenfalls nicht gemäß, wie sowohl die Begründung der exceptio rei iudicaate in l. 6 D. h. t. als insbesondere der Umstand zeigt, daß es in rechtskräftig entschiedener Sache den Vergleich ausschließt (l. 23 § 1 D. cond. ind. 12, 6), was nicht möglich wäre, wenn es den Parteien freistünde, die rechtskräftige Entscheidung beliebig zu ignoriren und ihrer Bedeutung zu entkleiden.

Dagegen, daß die exceptio rei iudicatae die Rechtskraft des Urtheils geltend mache, beruft sich Brinz (Pand. 2. Aufl. § 99) darauf, daß der diese ausdrückende Satz: res iudicata pro veritate accipitur in den Quellen nur für Fälle einer auch für dritte maßgebenden Entscheidung vorkomme und nur auf diese passe, weil es nur eine Wahrheit geben könne, sowie daß hier die Rechtskraft nicht durch exceptio rei iudicatae geltend gemacht werde. Es handelt sich aber nicht um wirkliche Wahrheit, sondern um die Verpflichtung, den Inhalt des Urtheils als wahr gelten zu lassen; besteht diese im einen Falle für bestimmte Personen, im anderen für alle Rechtsgenossen, so ist in beiden Fällen die maßgebende Bedeutung des Urtheiles in Ansehung ihres Umfanges, aber nicht in Ansehung ihres Wesens eine verschiedene. Daß sodann die Rechtskraft des Urtheils auch in anderer Form als in derjenigen der exceptio rei iudicatae sich äußert, beweist nicht, daß diese nicht jene geltend machen würde. Nicht nur die maßgebende Bedeutung des Urtheils für dritte, sondern auch seine maßgebende Bedeutung für die Parteien ist der Geltendmachung in anderer Form fähig und muß derselben fähig sein, da sonst z. B. der Eigenthümer, dessen Sache wieder in die Hände des früheren Beklagten gelangt, gegen diesen sein Eigenthum nicht als ein rechtskräftig festgestelltes geltend machen könnte. Allerdings aber hat die Rechtskraft des Urtheils neben der positiven Bedeutung seines Inhaltes als eines maßgebenden auch die negative Bedeutung, eine abermalige Klage des siegreichen Klägers deshalb auszuschließen, weil nach erfolgter rechtskräftiger Feststellung seines Rechtes das Bedürfniß seiner Geltendmachung nicht mehr besteht. Der Kläger kann daher nicht ein abermaliges Urtheil deshalb begehren, um eine ihm genehmere Motivirung der zu

seinen Gunsten ergangenen Entscheidung zu erwirken. Wo dagegen ein praktisches Bedürfniß erneuter Geltendmachung des rechtskräftig festgestellten Rechtes besteht, da traf die exceptio rei iudicatae zwar gleichfalls zu, da ihre Fassung diesen Fall nicht vorgesehen hatte; sie wurde aber unschädlich gemacht durch eine replicatio de re secundum se iudicata (l. 9 § 1 D. h. t. l. 16 § 5 D. de pig. 20, 1), deren Nothwendigkeit lediglich in der mangelhaften Fassung jener und nicht darin ihren Grund hatte, daß die Berufung des Beklagten auf das Urtheil als ein der Klage entgegenstehendes eine an sich berechtigte, aber durch einen anderweitigen Gesichtspunkt überwogene gewesen wäre.

Die Bedeutung der zwei Sätze, daß res iudicata ius facit und pro veritate habetur, unterscheidet G. Pfizer (Beitr. zur Erläuterung des deutschen R. 35 S. 81 ff.), weil der zweite Satz nicht auf das vom Richter festgestellte Rechtsverhältniß, sondern auf die durch ihn festgestellten Thatsachen sich beziehe; denn nur von ihnen lasse sich sagen, daß sie als wahr gelten, während jenes wirklich bestehe. Indem aber das Urtheil das entschiedene Rechtsverhältniß nicht als ein durch seine Vollziehung erst entstehendes, sondern als ein im Gegensatze zu seiner bisherigen Bestreitbarkeit von nun an unbestreitbares feststellt, so ist die durch das Urtheil festgestellte Existenz desselben als eines nicht erst durch seine Vollziehung entstandenen eine möglicher Weise nicht zutreffende, aber unabhängig von dieser Möglichkeit von jeder Person, für welche das Urtheil Rechtskraft hat, anzunehmende, wie denn auch Ulpian in l. 25 D. de stat. hom. 1, 5 als das vermöge des Urtheils anzunehmende nicht eine Thatsache, sondern ein Rechtsverhältniß bezeichnet. Wenn Pfizer als Object rechtskräftiger Feststellung alle Thatsachen bezeichnet, welche der Richter feststellen muß, um das von ihm zu entscheidende Rechtsverhältniß feststellen zu können, so würdigt er nicht hinreichend, was er selbst anerkennt, daß die anzunehmende Wahrheit der richterlichen Feststellung nicht die Rechtskraft des Urtheils begründet, sondern durch diese begründet wird, so daß nicht die Rechtskraft ebensoweit reicht als die vom Richter vollzogene Feststellung, sondern diese eine rechtskräftige nur insoweit ist als ihr Object das durch den Willen der Parteien zum Objecte des Processes erhobene Rechtsverhältniß ist.

**Anmerkung 2.** Die Civilproceßordnung bestimmt in § 293, daß die Rechtskraft nur soweit reicht „als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist". Es wollte damit nichts anderes ausgesprochen werden als der Grundsatz, daß Object der rechtskräftigen Feststellung nur die durch den Willen der Parteien zu Objecten derselben erhobenen Rechtsverhältnisse sind. Der Ausdruck des Gesetzes ist aber zu eng. Betrachtet man die Klage stets als Erhebung eines Anspruchs („den . . . Anspruch"), so ist z. B. Gegenstand der rei vindicatio der Anspruch auf Restitution des Besitzes, während das Urtheil keineswegs nur diesen, sondern vor Allem das Eigenthum rechtskräftig feststellen soll und feststellt. Ebenso ist durch den Wortlaut des Gesetzes ausgeschlossen, daß die Anerkennung des klägerischen

Rechtes die Existenz eines mit ihm unvereinbaren Rechtes des Beklagten rechtskräftig verneint. Im Uebrigen enthält das Gesetz nur noch die Statuirung der Rechtskraft für „die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung . . . jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll". Damit ist ausschließlich, wie die letzten Worte zeigen, der Fall der Compensation gemeint; der Ausdruck ist aber, da durch diese eine Gegenforderung nicht als eine bestehende geltend gemacht, sondern behufs Aufhebung der Forderung des Klägers aufgegeben wird, ein solcher, welcher zunächst an den Fall der Retentionseinrede denken läßt; bei ihr liegt eine Berufung auf ein bestehendes Recht vor, welche dieses gleich der Behauptung eines das Eigenthum des Klägers beschränkenden Rechtes nur als ein die Klage ausschließendes geltend macht und es zwar zu einem möglichen Objecte rechtskräftiger Verneinung, aber ohne Widerklage nicht zu einem möglichen Objecte rechtskräftiger Constatirung erhebt. Bestritten ist, ob die Worte: „jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll" auch für den Fall der Aberkennung der Gegenforderung gelten, auf welchen sie unstreitig nach dem Wortlaute des Paragraphen sich mitbeziehen. Man beruft sich dagegen darauf, daß die Aberkennung eines bestimmten Betrages die Aberkennung jedes höheren Betrages in sich schließe. Wer aber der gerichtlichen Erhebung einer Forderung gegenüber eine eigene Gegenforderung zur Compensation verwendet, erhebt die Frage ihres Umfanges in so weit, als er den Umfang jener übersteigt, in keiner Weise zum Objecte richterlicher Entscheidung. Macht er sie in einem neuen Processe als eine die fremde Forderung übersteigende geltend, so ist ihm derjenige Betrag zuzuerkennen, um den sie jene übersteigt. So mit Recht Kohler, Zsch. für Civilproc. Bd. 14, S. 397 ff. Ohne die besondere Bestimmung der Civilproceßordnung wäre übrigens eine rechtskräftige Feststellung oder Verneinung der zum Zwecke der Compensation geltend gemachten Gegenforderung überhaupt nicht anzunehmen, da nur der Ausschluß der Forderung des Klägers durch die vom Beklagten vollzogene Compensation mit der von ihm behaupteten Forderung und nicht diese Forderung selbst zum Objecte der Entscheidung erhoben war. Durch jene Bestimmung hat die Civilproceßordnung das von ihr selbst bezüglich des Umfanges der Rechtskraft angenommene Princip verleugnet und diesen, anstatt vom Willen der Parteien, davon abhängig gemacht, ob die vom Gerichte in das Urtheil aufgenommenen Entscheidungsgründe auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß sich erstrecken. Unterläßt es das Urtheil, auf die Frage der Existenz der Gegenforderung einzugehen, weil es unabhängig davon, ob sie existirt, die Möglichkeit der Compensation aus anderen Gründen verneint, so ist ihre Existenz kein Object der Entscheidung. Geht es dagegen auf jene Frage ein und erklärt es die Gegenforderung entweder für eine nicht bestehende oder für eine bestehende, mit der aber nicht compensirt werden könne, so hat es über ihre Existenz rechtskräftig entschieden.

## 5. Die private Feststellung.

### § 70.

Der Zweck der Feststellung eines bestehenden Rechtsverhältnisses kann nicht nur durch seine gerichtliche Geltendmachung, sondern auch durch Privatrechtsact verfolgt werden, und zwar kann dieser theils ein jene Frage unmittelbar entscheidender theils ein solcher sein, welcher ihre Entscheidung durch irgend einen Umstand festsetzt und dadurch sie bedingt entscheidet. Im ersten Falle spricht man theils von Anerkennung und Zugeständniß theils von Vergleich. Die zwei ersten Ausdrücke werden aber in verschiedenem Sinne gebraucht. Während das vor Gericht abgelegte Zugeständniß stets eine Verfügung ist, so legt derjenige, welcher außergerichtlich etwas deshalb anerkennt oder zugesteht, weil er davon überzeugt ist, lediglich ein Zeugniß in eigener Sache ab, dessen Gewicht zu bemessen im Falle seiner gerichtlichen Geltendmachung eine Sache der richterlichen Beweiswürdigung ist. Auf der anderen Seite wird in das Gewand der Anerkennung oder des Zugeständnisses vielfach die Zuwendung einer bisher nicht bestehenden Berechtigung oder rechtlichen Befreiung eingekleidet. Dagegen liegt weder ein bloßes Zeugniß über das bereits Bestehende noch schlechthin eine Begründung eines bisher nicht bestehenden Rechtsverhältnisses dann vor, wenn Object der Anerkennung oder des Zugeständnisses ein positives oder negatives Rechtsverhältniß als ein möglicher Weise bestehendes oder als ein solches ist, dessen bisher nicht feststehende Existenz zu einer feststehenden erhoben werden soll. Indem der Möglichkeit seiner bisherigen Existenz die entgegengesetzte Möglichkeit gegenüber steht, so bedarf es, um es aus einem möglicher Weise bestehenden zu einem feststehenden zu erheben, derselben Bedingungen, deren seine Begründung als eines bisher nicht bestehenden bedarf. Die Bezeichnung des fraglichen Rechtsactes als einer Anerkennung oder eines Zugeständnisses ist daher eine einseitige und unter Umständen geradezu falsche, da es nicht nur der Zustimmung der Gegenpartei überall da bedarf, wo ohne ihre Zustimmung das anerkannte oder zugestandene Rechtsverhältniß nicht entstehen kann, sondern außerdem im Falle seiner durch die einseitige Willensäußerung der Gegenpartei möglichen Begründung auch seine

Feststellung durch diese erfolgen kann. Von einem anderen ein fragliches Rechtsverhältniß feststellenden Rechtsacte unterscheidet sich der Vergleich (transactio) nur dadurch, daß im Falle desselben die Feststellung erkauft ist durch eine Aufopferung derjenigen Partei, der sie zu gute kommt, sei es nun, daß die Feststellung selbst theils der einen theils der anderen Partei zu gute kommt, oder daß sie verbunden ist mit der Statuirung eines anderen Opfers derjenigen Partei, der sie zu gute kommt.

Rechtsacte, welche die Frage der Existenz eines Rechtsverhältnisses durch die Anordnung ihrer anderweitigen Entscheidung bedingt entscheiden, sind insbesondere die Anordnung eines Schiedsspruches, welche die Entscheidung dem Ausspruche eines Dritten anheimstellt, und die Anordnung eines Schiedseides, welche eine Partei ermächtigt, durch Eidesleistung zu ihren Gunsten zu entscheiden. Gleich der unmittelbaren Feststellung eines Rechtsverhältnisses erfolgt eine solche Anordnung keineswegs immer durch Vertrag, und es kann außerdem die Entscheidung durch den Ausfall irgend eines ungewissen Umstandes, z. B. durch das Mittel des Loses, angeordnet sein.

Von der richterlichen unterscheidet sich die durch Privatrechtsact vollzogene oder festgesetzte Entscheidung über die Existenz eines Rechtsverhältnisses dadurch, daß sie nicht eine rechtskräftige ist. Während dies aber nach römischem Rechte insbesondere auch von der schiedsrichterlichen Entscheidung gilt, so hat die Reichscivilproceßordnung[1]) diese zu einer rechtskräftigen erhoben. Die dadurch begründete Möglichkeit, die gerichtliche Entscheidung über die Existenz eines Rechtsverhältnisses durch eine anderweitige Entscheidung zu ersetzen, ist aber nicht auf andere Rechtsacte zu übertragen; denn die Bedingungen eines rechtsgültigen Schiedsspruches sind durch das Recht geregelt, und die Bedeutung einer rechtskräftigen Entscheidung hat er nicht kraft des ihn anordnenden Privatwillens als solchen, sondern kraft der Erfüllung derjenigen Bedingungen, unter welchen ihn das Recht als einen den Richterspruch ersetzenden erachtet. Indem diese Bedingungen auf der trotz der Verschiedenheit ihrer Grundlage durch die Gleichheit ihres Zweckes zwischen dem Richterspruche und dem Schiedsspruche bestehenden Verwandtschaft beruhen,

---

[1]) § 851 ff.

so gehört die Normirung des Schiedsverfahrens zwar nicht unmittelbar dem Proceßrechte an, findet aber ihr Verständniß nur durch ihre Vergleichung mit der Normirung des Gerichtsverfahrens. Daher hat mit Recht die Civilproceßordnung das Schiedsverfahren geregelt und wird seine Darstellung am zweckmäßigsten mit der Darstellung des Proceßrechtes verbunden.

Wie die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung und der durch sie begründete Ausschluß der Erhebung des entschiedenen Rechtsverhältnisses zum Objecte einer abermaligen Entscheidung schon vom Beginne des Processes an für die Zeit seiner Dauer den Ausschluß eines neuen Processes in derselben Sache begründet, so schließt schon die rechtsgültige Anordnung der schiedsrichterlichen Entscheidung die Erhebung des ihr überwiesenen Rechtsverhältnisses zum Objecte richterlicher Entscheidung so lange aus, als die Möglichkeit jener besteht.

**Anmerkung.** Als „Feststellungsgeschäfte" behandelt Bekker (Pand. § 109) nur Anerkennung, Zugeständniß und Vergleich. Bezüglich der Anerkennung unterscheidet er diejenige, welche eine Zuwendung ist, die (echte) Anerkennung zwecks Feststellung, die Anerkennung behufs Schaffung eines Beweismittels und die einfache Meinungsäußerung. In Ansehung der echten Anerkennung unterscheidet Bekker wieder die provisorische durch einfachen Gegenbeweis zu entkräftende, die gleichfalls provisorische, aber nur durch complicirten Gegenbeweis (z. B. des Irrthums) zu entkräftende, und die definitive Feststellung. Jede wirkliche Feststellung ist jedoch eine definitive, die aber möglicher Weise wegen wesentlichen Irrthums nicht zu Recht besteht. Eine durch einfachen Gegenbeweis zu entkräftende Feststellung wäre nicht nur von einer behufs bloßer Beschaffung eines Beweismittels erfolgten Anerkennung, sondern auch gleich dieser von einer bloßen Meinungsäußerung nicht verschieden. Vermöge der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung kann der Richter jeder unparteiischen, weil nicht im eigenen Interesse erfolgten Aussage einer Partei das Gewicht beilegen, das Ausgesagte, sei es für sich, sei es in Verbindung mit anderen Umständen, zu beweisen. Dagegen kann nicht durch Parteiverfügung das nicht Bewiesene zu einem Bewiesenen erhoben werden. Erklärt die Partei es als bewiesen gelten zu lassen, so hat sie entweder ein Zeugniß abgelegt, dessen Gewicht der Richter frei zu würdigen hat, oder eine Verfügung getroffen, vermöge welcher sie das Anerkannte nicht mehr anders als durch Bestreitung ihrer Gültigkeit bestreiten kann.

Bezüglich des Schiedsverfahrens betont für das römische dem Schiedsspruche keine Rechtskraft zuerkennende Recht zu sehr die Analogie des Gerichtsverfahrens Weizsäcker (Das römische Schiedsrichteramt 1879) und Brinz

(Kr. Vjschr. 22 S. 195 ff.). S. dagegen Kohler (a. a. O. 465 ff.) und Matthiaß, die Entwickelung des römischen Schiedsgerichts 1888. Für das heutige Recht sagt aber Kohler mit Unrecht, die Aehnlichkeit des Schiedsspruches mit dem Richterspruche sei nur „eine Aehnlichkeit des intellektuellen Erkenntnißvorganges" und betreffe nicht den juristischen Charakter ihres Resultates. Allerdings betrifft die Gleichstellung beider nur „die abschließende civilistische Wirkung der res iudicata"; diese hat aber kein anderer privatrechtlicher Vorgang und insbesondere nicht der von Kohler als gleichartig angeführte Vergleich. Wenn Wach (Civilproc. I S. 74 ff.) betont, daß der Schiedsspruch zwar Rechtskraftswirkungen, aber nicht alle Rechtskraftswirkungen habe, so beziehen die von ihm hervorgehobenen Verschiedenheiten sich nicht auf die Bedeutung, sondern auf die Existenz eines rechtsgültigen Schiedsspruchs, welche als eine privatrechtliche im Gegensatze zur Existenz eines Richterspruchs sowohl durch Privatrechtsact wieder aufgehoben als auch auf dieselbe Weise wie die Existenz anderer Privatrechtsacte bestritten werden kann.

# Register.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

## Druckfehlerberichtigungen.

| | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| S. | 30 | Zeile | 12 | von | unten | lies | ferneren | anstatt | bisherigen. |
| „ | 57 | „ | 15 | „ | „ | „ | 1, 17 | „ | 1, 2. |
| „ | 68 | „ | 7 | „ | oben | „ | § | „ | S. |
| „ | 70 | „ | 4 | „ | unten | „ | bestimmt | „ | bestreitet. |
| „ | 71 | „ | 8 | „ | oben | „ | cendum | „ | centum. |
| „ | 227 | „ | 9 | „ | „ | „ | 1850 | „ | 1851. |
| „ | 239 | „ | 1 | „ | unten | „ | vollzogenen | „ | vollzogene. |
| „ | 258 | „ | 10 | „ | „ | „ | im | „ | zum. |
| „ | 300 | „ | 14 | „ | oben | „ | eius | „ | euis. |

# Römisches Recht.

**Bruns, C. G.,** Fontes juris Romani antiqui edidit C. G. Bruns. Editio quinta cura **Th. Mommseni.** 1887. Zweite Ausgabe. M. 6. —.
Die Bearbeitung der „Edicta" hat Herr Professor Dr. **V. Lenel** in Strassburg besorgt.

**Bossert, G.,** Das Wesen des Servitutenbesitzes nach römischem Recht. 1883. M. 2. 50.

**Brinz, A. von und Hölder, E.,** Zwei Abhandlungen aus dem römischen Rechte. 1884. M. 2. —.
Inhalt: **Brinz,** Die Freigelassenen der lex Aelia Sentia und das Berliner Fragment von den Dediticiern. — **Hölder,** Das Wesen der Correalobligation.

**Eisele, F.,** Cognitur und Procuratur. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung 1881. M. 6. —.

— — Die actio utilis des Cessionars. 1887. M. 1. 60.

— — Abhandlungen zum römischen Civilprocess. 1889. M. 5. —.

**Fein, E.,** Das Recht der Collation, dargestellt nach den Grundsätzen des römischen Rechts. 1842. M. 3. —.

**Geßler, Th.,** Ueber den Begriff und die Arten des Dolus. 1860. M. 5. 50.

**Landsberg E.,** Die Quaestiones des Azo zum erstenmale aus den Handschriften herausgegeben und mit Noten versehen. 1888. M. 3. —.

**Mandry, G.,** Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechts. Band I. 1871. M. 10. —.
Band II. 1876. M. 14. —.

**Merkel, J.,** Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben. 1876. M. 2. 80.

**Römer, R.,** Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht. 1863. M. 5. 60.

— — Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher. 1866. M. 4. —.

**Rümelin, G.,** Professor in Freiburg, Die Theilung der Rechte. 1883. M. 8. —.

**Rümelin, Max,** Professor in Halle a. S., Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprocess. 1866. M. 4. —.

— — Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. 1888. M. 9. —.

**Schott, H.,** Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. 1873. M. 2. 50.

**Vering, F. H.,** Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung. 1861. M. 10. —.

**Voigt, J.,** Vom Besitz des Sequester nach dem römischen Recht zur Zeit der klassischen Jurisprudenz. 1885. M. 1. 60.

**Weizsäcker, C.,** Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis. 1879. M. 2. 80.

**Wolff, C.,** Rechtswirkungen der Cession eines suspensiv bedingten Vermächtnisses. 1887. M. 2. —.

Hölder, Eduard,

Pandekten allgemeine Lehren ; mit Rücksicht auf den Civilgesetzentwurf

Freiburg i.B. 1891

J.rom.c. 170 uk
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637263-0